البيان والتحصيل
والشرح والتوجيه والتعليل
لمسائل العتبية

في فقه الإمام مالك

تأليف

القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد
ابن رشد القرطبي
المتوفى سنة ٥٢٠ هـ

تحقيق

محمد عثمان

الجزء الثامن

يحتوي على الكتب التالية:

الجوائح والمساقاة - الحبس - القراض - الوصايا - الصدقات والهبات

دار الكتب العلمية®
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Title : AL-BAYĀN WAL-TAḤṢĪL WAL-ŠARḤ WAL-TAWJĪH WAL-TAʿLĪL LIMASĀʾIL AL-ʿUTBIYYAH

Classification: Malikit jurisprudence

Author : Al-qāḍi Ibn Rušd

Editor : Muḥammad ʿUṯmān

Publisher : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

Pages : 6880 (11 Volumes)

Size : 17*24

Year : 2011

Printed in : Lebanon

Edition : 1st

الكتاب : **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل العتبيّة**

التصنيف :فقه مالكي

المؤلف : القاضي أبو الوليد ابن رشد

المحقق : محمد عثمان

الناشر : دار الكتب العلميـــة - بيروت

عدد الصفحات : 6880 (11 جزءاً)

قياس الصفحات: 17*24

سنة الطباعة : 2011

بلد الطباعة : لبنـــان

الطبعة : الأولى (لونان)

DKI
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamed Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.
Tel: +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

ISBN 978-2-7451-6484-8

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كتاب الجوائح والمساقاة

مِنْ سَمَاعِ ابنِ القَاسِمِ مِنْ مَالِكٍ مِنْ كِتَابِ الرَّطْبِ بِاليَابِسِ

قال سحنون: أخبرني ابن القاسم عن مالك في الرجل يشتري الثمرة فتصيبه الجائحة فيريد أن يوضع عنه، فيقول ربّ الحائط أنا أُقيلك ولا أضع عنك، أو يربحه في بقية الثمر قال الوضيعة له دين قد ثبت له إذ دعاه إلى الإقالة أو إلى الربح في بقية الثمر، لأنه لو خسر أكثر مما أصيب في الجائحة لم يُرَد عليه شيء، ولو لم ير ربّ المال أن فيما بقي فضلاً أو وفاءً لم يُقله والوضيعة له ثابتة ولا ينظر في غلاء السعر ورخصه[1].

قال محمد بن رشد: وهذا كما ذكر، وهو مما لا اختلاف فيه أعلمه لأن ما أُجِيحَ من الثمرة إذا بَلَغَ ما يجب وضعه عن المشتري مصيبته من البائع فلا حجة له في ذلك على المشتري بما رضي به من الإقالة، لأنه إنما رضي بالإقالة لسبب غلاء الثمرة، ولا حجة للبائع على المشتري في غلاء الثمرة، لأن الربح له كما أنه لا حجة للمشتري على البائع برخصها، لأن الخسارة عليه لو خسر على ما وزن لم يكن له بذلك على البائع رجوع، ولا له أيضاً إن أجيح الجل أن يرد الباقي ويأخذ جميع ثمنه إذ لا سبب للبائع في الجائحة، ففارق ذلك حكمَ الاستحقاق والرَّدَّ بالعيب، ووجب للمشتري

---

(١) الباجي: إن أصابت الثمرة جائحة أحاطت بها قبل الخرص فلا زكاة ولا خرص، وإن أصابتها بين الخرص والجذاذ ظل حكم الخرص وسقطت الزكاة لأن الزكاة إنما تجب بالخرص بشرط وصول الثمرة إلى أربابها.

اللخمي: إن أجيح بعض الثمار بعد الخرص زكى عن الباقي إن كان خمسة أوسق فأكثر، وإن كان أقل لم يكن عليه شيء، وسئل ابن القاسم عن ثمرة نخل بيع وفيه خمسة أوسق وقد وجبت فيه الزكاة على البائع فإن أصابته جائحة نقصته عن خمسة أوسق فقال ابن القاسم: إن كانت الجائحة الثلث فأكثر حتى لزم البائع أن يضع ذلك عن المشتري سقطت الزكاة، وإن كانت أقل من الثلث لم تسقط لأنه باع خمسة أوسق ولم يرد من الثمن شيئا للجائحة. التاج والإكليل ٢/ ٤٨٦.

الرجوع بقدر الجائحة بحكم ما أوجب الشرع لما بقي على البائع من التوفية في ذلك حسبما بيناه في غير هذا الكتاب وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك: ولا بأس أن يشترط الداخل في المال على صاحب الحائط الغلام أو الدابة إذا كان شيئاً ثابتاً لا يزول، فإن اغتل الغلام أو هلكت الدابة أخلف مكانها أخرى وإلا كان غرراً لا يَنْبَغِي، وإنما هذا إذا كان الحائط كثيرَ المؤنة والدابة فيه يسيرة، قال سحنون مثله ولا يجوز هذا في القراض أن يدفع الرجل إلى الرجل المال القراض فيشترط العامل على ربّ المال عون غلامه أو دابته أو يشترط إن مات الغلام أو هلكت الدابة أن على ربّ المال خلفها أن ذلك مكروه وزيادة يزدادها العامل، وذلك في المساقاة جائز ولو لم يشترط ضمانها في المساقاة لما جاز.

قال محمد بن رشد: قولُه في اشتراط الداخل على صاحب الحائط الغلام أو الدابة[1] إن ذلك لا بأس به إذا كان شيئاً ثابتاً لا يزول يدل على أن ذلك لا يجوز إلّا بشرط الخلف، وقد روى ذلك عن سحنون نصاً، وقد قيل إن الحكم يوجب الخلف وإن لم يشترطه، وهو ظاهر ما في الواضحة، وما في المدونة محتمل الوجهين، والذي أقول به على التفسير للروايات جميعاً أنه إن كان عين الغلام أو الدابة في اشتراطه إياهما بإشارة إليهما أو تسمية لهما فلا تجوز المساقاة على ذلك إلّا بشرط الخلف، وإن كان لم يعينهما فالحكم يوجب خلفهما إن لم يشترطه، وقد اعترض بعض أهل النظر جواز اشتراط الخلف في الدابة والغلام المعينين وذهب إلى أن ذلك لا يجوز، كما لا يجوز اشتراط خلف الدابة المعينة إذا أكرت، وليس ذلك بصحيح، لأن الدابة المعينة إنما لا يجوز اشتراط الخلف فيها إذا نفد الكراء، لأنه يصير فسخ دين في دين، وأما إذا لم ينفد فذلك جائز، والدابة المشترطة على ربّ الحائط في المساقاة في حكم ما اكترى ولم ينفد كراءه، إذ ليس لها في المساقاة كراء معلوم، لأن العرض فيها مجهول، فإن لم يشترط الخلف حيث يجب اشتراطه أو اشتراط ألّاخلف حيث يوجب

(١) من المدونة قال مالك: ولو هلكت الدابة المعينة ببعض الطريق يريد وقد نقده، فلا ينبغي أن يعطيه دابة أخرى يركبها بقية سفره إلا أن يصيبه ذلك بفلاة وموضع لا يوجد فيه كراء، فلا بأس به في الضرورة إلى موضع مستعتب فقط، وسواء تحول في كراء مضمون أو معين إذا كان الكراء الأول معينا.وقد تقدم قول ابن رشد: إن لم ينقد جاز له كراء مبتدأ. التاج والإكليل ١٦٥/٥.

الحكم الخلف رد إلى مساقاة مثله، لأن المساقاة إذا فسدت باشتراط أحد المساقين على صاحبه من عمل الحائط مما لا تعظم نفقته ويتأبد لرب الحائط منفعته كحفر البير وإنشاء الظهيرة، وما أشبه ذلك فإنه يرد فيه إلى مساقاة مثله، كما إذا عقداها على وجه من وجوه الغرر لم يخرجا به من حكم المساقاة مثل أن يساقيه حائطاً على النصف وحائطاً على الثلث أو يُسَاقيه في حائطه سنين وفيه ثمرة قد طابت أو يجمعها مع البيع أو مع الإجارة المنفردة عنها في صفقة واحدة وما أشبه ذلك، بخلاف إذا اشترط أحدهما على صاحبه زيادة من دنانير أو دراهم أو عروضاً أو عملاً كثيراً يعظم نفقته ويتأبد لرب الحائط منفعته فإن هذا كله وما أشبهه يُرَدُّ فيه إلى إجارة مثله فهذا أصل فيما يرد فيه إلى مساقاة مثله والى إجارة مثله يأتي عليه مسائل كثيرة هي مسطورة في الأمهات لابن حبيب وغيره.

وأما القراض[١] فيجوز فيه اشتراط الدابة والغلام على ربّ المال دون اشتراط الخلف فإن اشترط الخلف لم يجز، والفرق بين المساقاة والقراض أن المساقاة لها أمد والقراض لَا أَمَدَ له، والنفقة في ذلك على العامل في المساقاة وفي القراض وإن اشترط ذلك على ربّ المال في القراض أو على صاحب الحائط في المساقاة لم يجز ورد في ذلك إلى مساقاة مثله وإلى قراض مثله وبالله التوفيق.

ومن كتاب سلعة سماها

وسئل مالك عن الرجل يساقي الرجل نخلة فيريد المُسَاقَى أن يساقي غيره إن الناس يختلفون في أمانتهم وَرِضِيَ الناس بهم، فإن أتى برجل أمين فذلك له، قيل له: فالمقَارَض يريد أن يقارِضَ بما أُعْطِيَ ويجد في ذلك أهل الثقة والأمانة؟ قال: ليس هو

---

(١) أما إذا كان يتعامل به فالاتفاق على جواز القراض به وإن لم يتعامل به فالذي رجع إليه مالك منع القراض به، وهو المشهور قال في التوضيح فرع: فإن وقع على المشهور ففي الموازية عن ابن القاسم يمضي بالعمل، وقال أصبغ: لا يفسخ عمل به أم لا لقوة الخلاف فيه ابن حبيب، وإذا عمل بالنقار رد مثلها عند المفاصلة إن عرف وزنها، وإن لم يعرف فرأس المال ما باعه به أو ما خرج في الضرب انتهى.

وقال في الشامل: فإن نزل مضى بالعمل، وقيل: وقبله: ورد مثله عند المفاصلة إن عرف وزنه وإلا فما بيع به أو خرج في الضرب إلا أن يقول: بعها واشترها فليرد ثمنها أو ما صرفها به، فإن شرط صرفها أو ضربها على العامل فله أجره في ذلك إن كان له مؤنة وقراض مثله انتهى مواهب الجليل ٩/٦.

مثل المساقاة ليس له أن يقارض أحداً إلَّا برضى صاحبه[١].

قال محمد بن رشد: فرق بين القراض والمساقاة في أن له أن يساقي رجلا أميناً وليس له أن يقارض غيره وإن كان أميناً إلَّا برضى صاحب المال أن المال يغاب عليه والحائط لا يغاب عليه، فمن حقّ صاحب المال أن يقول أنا لا أرضى أن يغيب هذا على مالي وإن كان أميناً عند الناس، وفي قوله وإن أتى برجل أمين فذلك له دليل على أن الذي يساقيه على غير الأمانة حتى يثبت أنه أمين، بخلاف ورثته إذا مات هم محمولون على الأمانة حتى يثبت أنهم غير أمناء، بخلاف القراض هم فيه محمولون على أنهم غير أمناء حتى يثبت أنهم أمناء، هذا ظاهر ما في المدونة في القراض والمساقاة، والفرق بينهما ما قَدَّمتُه من أن مال القراض يغاب عليه والحائط في المساقاة لا يغاب عليه، ولم يذكر في الرواية إن كان دونه في الأمانة أو مثله في غير الأمانة وذلك اختلاف قد ذكرتُه في مسألة رسم إن أمكنتني من سماع عيسى من وبالله التوفيق.

وَمِنْ كِتَابِ شَكَّ فِي طَوَافِهِ

وسئل مالك عن الرجل أخذ من رجل نخلاً على أن يأبرها ويصلحها ويسقيها على أنَّ له من كل نخلة عرجونا قنوا، قال: لا خير فيه، ولكن يشترط عليه مُدا في كل نخلة أو إجارة تلزمه، أو أمراً ثابتاً.

قال محمد بن رشد: سقط من بعض الروايات أو إجارة تلزمه أو أمراً ثابتاً، وإسقاطُه الأَوْلَى لأنه أصح في المعنى من أجل أنه لا يجوز أن يشترط عليه مُدا في كل نخلة إلَّا أن يكون في ذلك إجارة تلزمه في ذمته لا في عين ثمر كل نخلة، ففي إثباته دليل على إجازة ذلك في عين ثمر كل نخلة، وإذا سَقَطَ سَقَطَ الدليلُ بسقوطه، وتأول على ما يجوز من أنه أراد مدا في كل نخلة إجارة لازمة له في ذمته لا في عين ثمر كل نخلة وهذا كله بين والحمد لله.

(١) فظاهر من لفظه لاتصاله به وهو منصوص في الموز في رسم سن من سماع ابن القاسم من كتاب المساقاة، ونصه سهل مالك رضي الله تعالى عنه عن الرجل يساقي النخل، وفيها شيء من الموز الثلث فدونه فقال إني أراه خفيفا.
سحنون إن كان الموز يساقى مع النخل جاز، وإن اشترطه العامل فلا يجوز. منح الجليل ٤٤٤/٦.

ومن كتاب ليرفعن أموال إلى السلطان

قال: وسئل مالك عن الرجل يساقي الرجل لسنة أو لسنتين أو ثلاثة فإذا فرغ قال صاحب الحائط لم يدفع إلى تمرة، قال مالك إن كان قد جذ فلا شيء له(١).

قال محمد بن رشد: قوله إن كان قد جذ فلا شيء له معناه إن المساقي مصدق مع يمينه في دفع حظه إليه من الثمرة لأنها في أمانته لا في ذمته فوجب أن يكون القول قوله كالمودع يدعى صرف الوديعة إلى ربها وذلك منصوص في كتاب. ابن المواز قال يحلف العامل كان بقرب الجذاذ أو لبعده، قال وكذلك لو جذ بعضاً رطباً والباقي ثمرا فقال قبل الجذاذ لم يدفع إلى من الرطب شيئاً ولا من ثمنه كان المساقِي مصدقاً في الرطب على هذا المنصوص عليه في هذه المسألة، ولا يبعد دخول الاختلاف فيها بالمعنى من مسألة الوكيل على القبض يدعي الدَّفع إلى من وكله، إذ قد قيل إن القول قول الوكيل مع يمينه بكل حال قرب أو بعد، وقيل إن كان قريباً كان القول قول الموكل مع يمينه أنه ما قبض، وإن بعد بمثل الشهر أو نحوه كان القول قول الوكيل مع يمينه على الدفع، وإن بعد الأمر جداً كان القول قوله دون يمين، وقيل إن كان بحضرة ذلك وقربه بالأيام اليسيرة صدق الوكيل مع يمينه وإن طال صدق دون يمين، وأما إن مات المساقي فادعى صاحب الحائط أنه لم يقبض حظه من الثمن فإن كان بقرب الجذاذ كان ذلك في ماله، وإن بعد الأمر لم يكن ذلك في ماله، ولا خلاف عندي في هذا الوجه وبالله التوفيق.

ومن كتاب طلق بن حبيب

وسئل مالك عن رجل اشترى ثمر حوائط في صفقة واحدة فيصاب منها حائط ثَمَرَتُه كلها أو بعضها أترى أن يوضع عنه؟ قال: إن كان ذلك الحائط أو ما أصيب منه

(١) وقال مالك: نفقة الرقيق والدواب كانت من عند العامل، أو كانت في الحائط يوم أخذه العامل مساقاة، فالنفقة على العامل ليس على ربّ الحائط من ذلك شيء.قلت: أرأيت نفقة العامل نفسه أتكون نفقته من ثمرة الحائط أم لا ؟ فقال: على نفسه نفقته، ونفقة الدواب والعمال، ولا يكون شيء من النفقة في ثمرة الحائط.قلت: وهذا قول مالك ؟ قال: نعم.

قلت: أرأيت إن أخذت نخلا مساقاة على أن طعامي على ربّ النخل ؟ قال: لا يجوز عند مالك.قال: ولقد سألت مالكا عن الرجل يساقي الرجل، على أن على ربّ المال علف الدواب.فقال: لا خير فيه. المدونة ١٧٤/٥.

ثلث الثمرة من جميع الحوائط وضع عنه، وإلا لم يوضع عنه، وإن كان الحائط كله وإن كان في صفقات مختلفات وضع عنه من كل حائط ثلث ثمرته لِمَا أصابته الجائحة[1].

قال محمد بن رشد: أما الحوائط إذا اشتريت في صفقة واحدة فحكمها في الجائحة حكمُ الحائط الواحد إن تلفت الجائحةُ ثلثَ ثمر الجميع وضع عن المبتاع ثلث الثمن كان الذي أجيح بعض حائط أو حائطاً وبعض حائط أو من كل حائط، هذا إذا كان الثمر من صنف واحد متساوياً في الطيب أو قريباً بعضه من بعض، واختلف إذا كان بعضه أفضل وأطيب من بعض على ثلاثة أقوال، أحدها أنه لا قيمة في ذلك، ويكون ثلث الثمر بثلث الثمن، وهو قول ابن القاسم في رواية أصبغ عنه، بخلاف ما يُجْنَى بطناً بعد بطن، والثاني أنه إن بلغت الجائحة ثلث الثمن أو أكثر وضع عن المشتري ما ينوب ذلك من الثمن، وإن أجيح أقل من الثلث لم يوضع عنه شيء، وإن ناب ذلك من الثمن أكثر من الثلث، وهو قول أصبغ، والثالث إن أجيح ما قيمته من ذلك الثلث فصاعداً وُضع عنه وإن كان عشر الثمرة وإن كان قيمة الذي أجيح أقل من الثلث لم يوضع عنه وإن كان تسعة أعشار الثمرة مثل تين وعنب ورمان على ثلاثة أقوال أحدها أنه يُفَضُّ الثمن على الأصناف كلها فتعتبر الجائحة في كل صنف على حِدَتِه بما ينوبه من الثمن كما لو اشتراه وَحْدَه، والثاني أنه إذا بلغ ما أجيح من ذلك ثلث الثمن فأكثر وضع ذلك عن المشتري من غير اعتبار بقدر الجائحة من الثمر، وهو قول أشهب وذهب ابن المواز إلى أنه إذا كان أحدُ الأصناف أقل من الثلث لم يوضع عنه شيء وإن أتت الجائحة على جميعه وبالله تعالى التوفيق.

ومن كتاب أوله: سَنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم

وسئل مالك عن رجل سَاقَى نخلاً فجذَّه إلَّا نحوا من عشرين نخلة تخلفت أعليه سقيُ الحائط كله؟ قال: نعم، قال عيسى في روايته قيل له وإن كانت عدائم؟ والعدائم

---

(١) من المدونة: من ابتاع سلعا كثيرة صفقة واحدة فإنما يقع لكل سلعة منها حصتها من يوم رفعت الصفقة، ومن ابتاع صبرة قمح وصبرة شعير جزافا في صفقة واحدة بمائة دينار على أن لكل صبرة خمسين دينارا أو عبيدا أو ثيابا على أن لكل عبد وثوب من الثمن كذا وكذا فاستحق أحد الصبرتين أو أحد العبيد أو الثياب، فإن الثمن يقسم على جميع الصفقة، فما أصاب الذي استحق من الثمن وضع عن المبتاع يعني إذا لم يكن وجه الصفقة، ولا ينظر إلى ما سميا من الثمن. التاج والإكليل ٢٣٣/٧.

التي يتأخر طيبها.

قال محمد بن رشد: العدائم صغار النخل[١] التي يتأخر طيبها، قاله بعض أهل اللغة، وقال الخليل: هي صنف من الرطب بالمدينة تأتي في آخر السنة، وهو الأظهر، فعلى قوله إن العدائم صنف من أصناف التمر يتأخر طيبه يدخل فيه من الاختلاف ما في الحائط يكون فيه أصناف من الثمار مثل عنب وتين ورمان ويتعجل طيب بعض ذلك قبل بعض، ويتحصل فيها ثلاثة أقوال أحدها أنه يلزم المساقي سقيُ الحائط كله ما بقي من العدائم شيء لم يجذ وإن قل وهو قوله في هذه الرواية ومثله في المختصر لمالك وابن القاسم والثاني أنه لا يجب عليه سقي العدائم وحدها، كانت الأقل من الحائط أو الأكثر منه، وهو الذي يأتي على قياس قول مطرف في الحائط يكون فيه أصناف من الثمر إلَّا أن يشترط عليه سقي الحائط كله حتى يفرغ ما فيه من الثمر فيجوز ذلك، رواه ابن وهب عن مالك في موطأه والقول الثالث أن القليل تَبَعٌ للكثير، فإن كانت العدائم قليلة في الحائط كان على صاحب الحائط سقيُ جميع حائطه العدائم وغيرها، فإذا جَذّ العدائمَ دفع إلى المساقي حظه منها، وإن كانت أكثرَ الحائط كان على المساقي سقيُ جميع الحائط كله كما يكون عليه سقيه كله إذا جدَّ بعضه وبقي بعضه وإن كان ذلك متأصلاً أو متشابهاً فعلى المساقي أن يسقى العدائم وحدها، وعلى ربّ الحائط أن يسقي من حائطه ما سوى العدائم التي قد انقضى السقي فيها بجذاذها، ولا اختلاف في الصنف الواحد يتعجل جذاذ بعضه قبل بعضه والأمر في ذلك متتابع في أنه يلزمه سقي جميع الحائط حتى ينقضي جذاذ جميع ثمره وبالله التوفيق.

مسألة:

وَسئل عن الرجل يساقى النخل وفيها شيء من الموز الثلث أو دون ذلك، قال: قال مالك: إني أرى أن يكون خفيفاً، قال سحنون إن كان الموز مساقي مع النخل جاز، وإن لم يشترط العامل لم يحل.

---

(١) الودي بفتح الواو وسكون الدال المهملة وتخفيف الياء، وبكسر الدال مع تشديد الياء ويقال بالذال المعجمة قال الفاكهاني وهو شاذ وذكر ابن فرحون عن بعضهم أن من قال من الفقهاء أنه بالمعجمة فهو تصحيف وضبطه في الطراز بالمعجمة وقال الودي بالمهملة صغار النخل، والمشهور الأول وهو ماء أبيض خاثر يخرج بأثر البول، أو حمل شيء ثقيل.مواهب الجليل ١/ ٣٤٠.

قال محمد بن رشد: قولُ سحنون مفسّرٌ لقول مالك، لأن الموز وإن كان لا تجوز مساقاته على انفراد فيجوز إذا كان في حيز التبع للحائط بمنزلة الأرض البيضا لا يجوز كراؤها بالجزء مما يخرج منها ويجوز ذلك مع النخل إذا كانت تبعاً لها، ولا يجوز أن تلغى للعامل وإن كانت في حيز التبع بخلاف الأرض البيضا ولا أن يكون لرب الحائط لأنه يكون قد ازداد على العامل سقيه.

والفرقُ بين الأرض البيضا والموز إذا كانا في حيز التبع للحائط في جواز إلغائهما للعامل السُّنَةُ الواردةُ في إلغاء الأرض في المساقاة وإذ قد جاء ذلك في بعض الآثار، ولذلك قال مالك: فهذا أُحله هو الذي يأتي هذه المسألة على ما في المدونة، لأنه لم يُجز فيها لأحد المساقين في الزرع إن كانت فيه نخلات يسيرة أن يشترطها أحدهما على صاحبه، وقد روى ابن وهب عن مالك أنه لا بأس أن يشترط العامل الزرع الذي في الحائط إذا كان يسيراً لنفسه خاصة، ومثلُه لمالك في الثاني من التفسير ليحيى عن ابن القاسم، رواه الحارث عن ابن القاسم عنه، فعلى هذا يجوز إذا كان الموز يسيراً في الحائط أن يشترطه كل واحد منهما على صاحبه، فيحتمل على هذا أن يكون قولُ سحنون مثلَ ما في المدونة من قول ابن القاسم وروايته عن مالك، إذ قد اختلف قول مالك في هذا الأصل حسبما بيناه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن رجل ساقى نخلاً[1] له ثم إن الذي ساقى عليها أنفق عشرين ديناراً ثم أراد الخروج فأراد أن يُعْطيَ العشرين الدينار التي أنفق فيها ويخرج من المساقاة، قال مالك: لا خير فيه ولكن إن أحب أن يساقيها أحداً على ما شاء النصف أو الثلث فذلك له.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه ولا إشكال أنه لا يجوز أن يخرج من المساقاة على شيء يعطي لا قبلَ أن يَعمل ولا بعد أن عمل، لأنه إذا فعل

---

(١) أي: صرفت حصة سنة والمراد بحصة السنة ما يخص تلك السنة من الأجرة ونفق بفتح النون وفتح الفاء وكسرها ؛ لأنه من باب نصر وفرح (قوله ولا سقي النخل) إشارة لما في المدونة فقالت، وكذلك من أخذ نخلا مساقاة فغار ماؤها فإنه ينفق عليها قدر حصة صاحب الأرض من الثمرة سنة تلك لا أكثر ثم قال وليس الدور كذلك ؛ لأن المكتري لا نفقة له فيها والذي زرع أو ساقى قد تقدمت له نفقة فيها وعمل وفي نفقته إحياء لزرعه ولو لم يزرع الأرض ولا سقى النخل حتى غارت لم يكن للمكتري أن ينفق فيها شيئا. شرح مختصر خليل ٢٥٥/٥.

ذلك كان قد باع حظه من الثمر قبل أن يخلق بما عليه من عمل الحائط ومن بقية عمله وبما أُعطي، فدخله ما نهي عنه من بيع الثمر قبل أن يخلق، وأما مساقاة غيره على ما شاء النصف أو الثلث فقال في الرواية إن ذلك له يريد إذا كان أميناً مثلَه في الأمانة باتفاق، وأما إن كان أميناً إلَّا أنه دونه في الأمانة أو غير مأمون إلَّا أنه مثله في الأمانة فيتخرج ذلك على ما ذكرته من الاختلاف في رسم إن أمكنتني في سماع عيسى من الشفعة وفي ذلك تفصيل.

أما إذا ساقاه على مثل الجزء الذي سوقي فذلك جائز بعد أن عمل باتفاق شاء ربّ الحائط أو أبى، وأما قبل أن يعمل فيجوز أيضاً شاء ربّ الحائط أو أبى على مذهب مالك الذي يرى المساقاة تلزم بالقول ولا تجوز إلَّا برضاه على مذهب من يرى المساقاة لا تلزم بالقول.

وأما إذا ساقاه على أكثر من الجزء الذي سُوقي عليه مثل أن يكون ساقاه صاحب الحائط على أن يكون له النصف وساقى هو الآخر على أن يكون له الثلثان فإن كان بعد أن عمل كان له الفضل وإن كان قبل أن يعمل كان له الفضل أيضاً على مذهب مالك الذي يرى المساقاة تلزم بالقول، ولم يكن له على مذهب من يرى أنها من العقود الجائزة التي لا تلزم بالقول.

وأما إن كان ساقاه على أقل من الجزء الذي سوقي به مثل أن يكون ساقاه صاحب الحائط على أن يكون له النصف وساقى هو الآخر، على أن يكون له الثلثان فسواء كان ذلك قبل أن يعمل أو بعد أن عمل ربّ الحائط أحق بالجزء الذي اشترطه، ويرجع العامل الثاني على العامل الأول، قال في كتاب القراض من المدونة: ويتبع المساقي الآخر المساقي الأول بالسدس الذي بقي له، فيأخذه، وهو كلام وقع في المدونة على غير تحصيل، لأن الواجب إنما هو أن يرجع المساقي الثاني على المساقي الأول بربع قيمة عمله في الحائط، لأن ربّ الحائط استحق من نصيبه من التمر الذي استحقه بعمله ربعه، فوجب أن يرجع بربع قيمة عمله، إذ قد فات، كمن استأجر أجيراً بمكيلة من الثمر بعينه فاستحق ربعه منه بعد أن عمل ما استؤجر عليه، وُيخرجُ ذلك على ما في من المدونة في الذي يشتري الشقص بطعام بعينه فيستحق بعد أن أخذ الشفيع بالشفعة أن البيع لا يرد ويغرمه مثل طعامه وأصلحه سحنون أن البيع لا يرد ويغرم له قيمة الشقص،

وإصلاح سحنون صحيح على أصولهم، وأصله ما ذكرناه في هذه المسألة وبالله التوفيق[(١)].

مسألة:

وقال مالك في رجل ساقى نخلاً فجاء الله بماء السماء فدخل في الحائط فأقام فيه حيناً أترى أن يحاسبه صاحب الحائط بتلك الأيام التي أقام فيها الماء؟ قالَ مالك: لا أرى أن يحاسبه بشيء. قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة لا اختلاف فيها عندي، لأنه إذا عامله على عمل الحائط وسقيه في وقت حاجته إلى السقي دون جهد ولا توقيت على جزء من الثمرة فجاز ذلك على ما جاءت به السنة في مساقاة النبي عليه السلام أهل خيبر وتخصص بها من الإِجارة المجهولة فلا رجوع لواحد منهما على صاحبه إن اختلفت الثمرة أو زاد لعمل على المعهود أو نقص منه، بخلاف الإجارة لو استأجر رجل بِدَنَانِيرَ أو دراهم على أن يسقى له حائطه زمن السقي وهو زمن معلوم عند أهل المعرفة فجاء الله بماء من السماء فدَخل الحائط فأقام فيه حيناً لوجب أن يحط من إجارته بقدر ما أقام الماء في الحائط فسقط عنه فيه السقي، وقوله حينا يريد مدة من الزمن غير موقته، لأن الحين يقع على القليل والكثير من الزمن، وليس ذلك بخلاف لما في المدونة لمالك في أن الحين في الأيمان منه.

ومن كتاب باع غلاماً

وسئل مالك عن رجل ساقى رجلاً عن حائطه فعمل فيه شهراً أن الداخل عجز، قال له صاحب الحائط: أنا أعطيك عشرة دنانير ولا تخرج منه، قال لا خير فيه.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قال لأنهُ إذا عجز فلم يقدر على العمل ولا على الاستيجار عليه ولا وجد من يساقيه فيه فقد وجب أن يرجع الحائط إلى ربه

---

(١) ابن يونس: قال مالك وابن القاسم والمغيرة وعبد الحكم: من له النخل والعنب فيسقي نصف السنة بالعين وينقطع فيسقي باقيها بالسانية فليخرج زكاة ذلك نصفه على العشر ونصفه على نصف العشر.

وعبارة الباجي: إن كان مرة يسقي بالنضح ومرة بماء السماء فإن تساوى الأمر فيهما كان عليه ثلاثة أرباع العشر.

(وهل يغلب الأكثر خلاف) الباجي: إن كان أحد الأمرين أكثر كان حكم الأقل منهما تبعا للأكثر لأن التتبع له يشق والتقدير له يتعذر وحكى أبو محمد رواية أن المعتبر ما حيي به الزرع وتم. التاج والإكليل ٤٧١/٢.

ويخسر هو عمله، فإذا أعطاه عشرة دنانير وذلك ما لا يحل ولا يجوز وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عمن باع ثمراً واشترط البراءة من الجائحة قال: لا أرى البراءة تنفعه من الجائحة وأراها لازمة له إذا نزلت الجائحة بالمشتري.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة، والوجه فيها أن الجائحة لو أسقطها بعد وجوب البيع لم يلزمه ذلك، لأنه أسقط حقًّا قبل وجوبه، فلما اشترط إسقاطها في عقد البيع لم يسقط ولا أثرَ ذلك عنده في صحته إذا رأى أن الشرط لم يقع له حصة من الثمن من أجل أن الجائحة أمر نادر والسلامة منها أغلب، فوجب أن يثبت البيع ويسقط الشرط وهو أحد الأقسام في الشروط المقترنة بالبيوع، وهي أربعة أقسام القسم الثاني ما يفسخ فيه البيع والشرط، وهو ما كان الشرط فيه يؤدي إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة البيع، والقسم الثالث ما يجوز فيه البيع والشرط وهو ما كان الشرط فيه جائزاً لا يؤدي إلى الِإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة البيع والقسم الرابع ما يفسخ فيه البيع ما دام مشترط الشرط مُتَمَسِّكاً بشرطه فإن ترك الشرط صح البيع، وهي بُيُوعُ فعلى هذا لا تتعارض الآثار الواردة عن النبي عليه السلام في البيع والشرط وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن رجل ساقى حائطاً له فتهور البير، قال: إن أحب الداخل أن ينفق عليها من ماله ويكون الثمر في يديه رهناً حتى يستوفى فذلك له.

قال محمد بن رشد: لم ير في هذه الرواية على صاحب الحائط أن يصلح البيرَ المساقي، وقال إن أحب أن ينفق هو من ماله ويكون الثمرة في يديه رهناً يريد حصةَ صاحب الحائط حتى يستوفي فذلك له فعلى قوله فيها إن لم يف حظ صاحب الحائط من الثمرة بما أنفق العامل في البير لم يكن له عليه بالباقي رجوع، وذلك على قياس ما في كتاب الرهون من المدونة من أن الراهن إذا أبى أن يصلح البير كان للمرتَهَنِ أن يصلحها ليحيى رهنه، ولا يرجع بذلك على الراهن، وتكون نفقته في الرهن مُبَدَّأَةً على الدين، فإن لم يف الرهن بالنفقة لم يرجع على الراهن بما بقي له من نفقة، وذلك كله خلاف ما في رسم الأقضية من سماع يحيى من كتاب الرهون في الذي يرتهن الثمرة فتهور البير أن إصلاحها على الراهن حتى تتم الثمرة ويتم الرهن لصاحبه يُجْبَرُ على ذلك إن كان له مال، وإن لم يكن له مال فتطوع المرتَهن ببنيانها نظر في ذلك، فإن رأى

أن تطوعه خير لرب الأصل من أن يباع منه بعضه لِإصلاح البير قيل له: أنفق ويكون الأصل لك رهناً، في الذي تنفقه في البير ويُطْلَبُ الراهن بنفقته كاملة، لأنها كالسلف عليه، فيأتي في مسألة المساقاة هذه على قياس رواية يحيى أن يُجْبَر ربّ الحائط على إصلاح البير ليلاً يذهب عمل المساقي باطلاً إن كان له مال، فإن لم يكن له مال سِوَى الحائط بيع منه ما يصلح فيه البير، فإن تطوع المساقي بالنفقة في إصلاح حظ صاحب الحائط كان له أن يتبعه ببقيتها لأنها كالسلف عليه، قال فضل: وقد روى أشهب عن مالك إذا عمل المساقي فانهدم البير أو تهورت العين إن أحب الداخل أن يعمر ويكون على مساقاته وإلا ترك المساقاة ولا شيء له من الثمرة، ولم ينص ما نص ابن وهب وابن القاسم أنه يعمر من نصيب ربّ الأرض وإن كان لم ينص على ذلك في هذه الرواية كما قال فضل، فهي إرادته إذ لا يصح أن يكلف ذلك من ماله بوجه، وإنما يفعله عنه على سبيل السلف إن شاء وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أخذ حائطاً على النصف ثم يدفعه على الثلثين وعلم صاحب الأصل بذلك، فلما حضرته الثمرة أراد الداخل أن يأخذ الثلثين، قال مالك ليس ذلك له ولكن يأخذ الأول النصف، فقال له الداخل أَفَلِي أَنْ أرجع على صاحبي بِمَا بقي؟ قال: نعم. قال محمد بن رشد: قوله وعلم صاحب الأصل بذلك معناه علم فلم ينكر، فلم ير عليه حجة في سكوته، وقال أن من حقه أن يأخذ نصف الثمرة، قال في كتاب محمد: وكذلك لو حضر دفعه إليه على الثلثين، إذ لعله يقول لم يكن الشيء في يدي فأرضى بتسليمه، وظننت أنه يعطيه من عنده أو يشتري من نصيبي، وهذا عندي على القول بأن السكوت ليس كالِإذن، وهو أحد قولي ابن القاسم وأما على القول بأنه كالِإذن فيجب أن يكون الثاني أحق بثلثي الثمرة ويرجع ربّ الحائط على المساقي الأول الذي ساقاه بمثل سدس الثمرة فيستوفى بذلك نصفها. وإذا كان الأول أحق بنصف الثمرة على ما قاله في الرواية في المدونة سواء، وقد تقدم من قولنا في رسم سَن قبل هذا الرسم أنه كلام وقع على غير تحصيل، لأن الواجب أن يرجع عليه بقدر صاحب الحائط من حظه من الثمرة في قيمة عمله، لأن الثمرة إجارة له في عمله، فلما استحق بعضها وجب أن يرجع بذلك الجزء من قيمة عمله، ويلزم على قياس هذا إذا علم المساقي الثاني أن المساقي الأول على النصف أن تكون مساقاته فاسدة أنه دخل معه على أن يكون له بعمله نصف الثمرة وقيمة ربع عمله، وذلك ما لا يحل ولا يجوز، وقد رأيت لبعض

أهل النظر مِمَن حمل قوله على ظاهرة من أنه يرجع عليه بمثل سدس الثمرة أن المساقاة لا تجوز لأنه يصير كأنه ساقاه الحائط على نصف ثمرته وعلى مثل سدس ثمرته يدفعها إليه من حائط آخر فكيف بهذا؟ وبالله التوفيق.

ومن كتاب كتب عليه ذكر حق

قال مالك: لا ينبغي للمساقي أن يشترط ثمر نخلة واحدة، ولا مقارض أن يشترط ربح دينار واحد، ولا ينبغي للمساقي أن يشترط ما على ربيع الماء من النخل ولا بأس أن يشترط الجداول أن يسقيها إذا كانت يسيرة.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال من أنه لا ينبغي أن يشترط ربّ الحائط على العامل ثمر نخلة من الحائط، ولا ما على ربيع الماء منه، لأن المساقاة عقد على حياله مستثنى من الأصول أُجِيزَ لضرورة الناس إلى ذلك وحاجتهم إليه، إذ لا يمكن الناس على حوائطهم بأيديهم، ولا بيع الثمر قبل بدو صلاحها فضلا عن بيعها قبل أن تخلق للِاستيجار من ثمنها على ذلك إن لم يكن لهم مال، فلهذه العلة رخص في المساقاة مع اتباع السنة في مساقاة النبي عليه السلام أهلَ خيبر، فلا يجوز إلّا على ما جوزته السنة من أن يساقيه في الحائط بأن يدفعه إليه كما هو، وبعماله إن كان لَهُ عمال من دواب أو غلمان على أن يكفيه سقيه وعمله بجزء من ثمرته، غير أن أهل العلم استخفوا اليسير من العمل، أو من ألَتِهِ من الحديد وشبهه يشترطه من وجب عليه منهما على صاحبه كالدابة والغلام في الحائط الكبير، فيشترطه العامل على ربّ الحائط وكنجم العين وسد السرب وإصلاح الشيء اليسير وما أشبه ذلك يشترطه ربّ الحائط على المساقي، فإن وقعت المساقاة بينهما على أن اشترط أحدهما على صاحبه من العمل ما لم يجوزه أهل العلم، وفات العمل رد إلى مساقاة مثله كنحو هذه المسألة في اشتراط ربّ الحائط تمر النخلات من حائطه على المساقيَ لأنه كأنه ساقاه فيما على النخلات التي استثنى ثمرتها على أن يسقي له النخلات التي استثنى ثمرتها، فهي زيادة في عمل المساقاة لم يخرجا بها عن سنة المساقاة، فإن عثر عليها قبل العمل فسخت، وإن لم يعثر عليها إلّا بعد العمل رُدّ إلى مساقاة مثله فيما عدى النخلات التي استثنى ربّ الحائط ثمرتها، ويكون له اجرة مثله في سقي تلك النخلات، وكذلك إذا ساقاه في حائط على أن يكفيه مؤنة حائط آخر حسبما يأتي في رسم سلف من سماع عيسى، وكذلك إذا ساقاه في الحائط على أن يكون ثمر البرني بينهما وما سواه فلرب الحائط، قاله ابن حبيب، ولو

ساقاه فيه على أن يكون ثمر البرني بينهما وما سواه فللعامل لوجب على قياس ما قلناه أن يرد في الجميع إذا فات إلى إجارة مثله، ولم ينص في المدونة على الحكم في ذلك، إنما وقع وإنما قال إن ذلك لا يجوز إلَّا أكثر وأما إجازته اشتراط سقي الجداول عليه إن كانت يسيرة فهو من العمل اليسير الذي جوزوا استصاله وبالله التوفيق.

ومن كتاب الشجرة

وسئل عن الرجل يبيع حائطه ويستثني أَوْسُقاً أقل من الثلث فيصاب الحائط بنصف الثمرة فيريد المبتاع أن يضع عنه نصف ما استثنى عليه أترى ذلك؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: مثل هذا في كتاب ابن المواز: وقال إن أشهب وابن عبد الحكم رويا عن مالك مثلَه، وقال إن أُجِيحَ أقل من الثلث أخذ البائع بما سَلِمَ جميع ما استثنى، وهذا كله صحيح على القول بأن المستثنى بمنزلة المشتري، لأنه إذا باع حائطه واستثنى منه عشرة أرَادِب فكأنه في التمثيل على هذا القول قد باع جميع الثمرة وفيها ثلاثون إردباً بعشرة دنانير وبالعشرة الأرادب التي استثنى، فإن أُجيح من ثمر الحائط وهو على ما نزلناه ثلاثون نصفه سقط عن المشتري نصف الثمن، وهو نصف العشرة دنانير ونصف العشرة الأرادب المستثناة، لأنها من ثمر الحائط، وكذلك على هذا القياس أن أجيح الثلثان أو الثلث سقط عن المشتري ثلثا الثمن وهو ثلثاً العشرة دنانير وثلثاً العشرة أرادب المستثناة أو ثلثه وهو ثلث العشرة دنانير وثلث العشرة الأرادب المستثناة، وإن أجيح أقل من الثلث لم يسقط عن المشتري شيء من الثمن وهو العشرة الدنانير والعشرة الأرادب، ولو أجيح الحائط كله لسقط عنه الثمن كله، العشرة الدنانير والعشرة الأرادب وقد روى ابن وهب عن مالك أنه يأخذ جميع ما استثنى كاملاً أجيح الثلث أو أقل أو أكثر وَلَا جائحة على البائع حتى يستثني جزءاً شائعاً، قال ابن عبد الحكم: وهذا كله صحيح أيضاً على القول بأن المستثني مُبْقَى على ملك البائع لأنه على هذا القول إذا باع من حائطه ما بقي منه بعدما استثنى لأن الذي استثناه أبقاه على ملكه لنفسه لم يبعه، فإن كان ثمن الحائط في التمثيل على هذا ثلاثين فباعه بعشرة دنانير واستثنى منه عشرة أرادب فإنما باع عشرين إردباً بعشرة دنانير، فإن ذهب من ثمر الحائط بالجائحة عشرة أرادب كانت الجائحة قد أذهبت نصف ما اشترى المشتري، فوجب أن يسقط عن المشتري نصف العشرة دنانير ويأخذ البائع ما استثناه، وإن أتت الجائحة على جميع الثمرة حاشي العشرة الأرادب التي استثناها البائع كانت

للبائع وسقط عن المشتري جميعُ الثمن، ولو أجيح الحائط كله كانت المصيبة من ربه فسقط الثمن عن المبتاع، وهذا كله بين والحمد لله.

وبالقول الأول يقول ابن القاسم وأصبغ فيما ذكر ابن المواز في الواضحة، قال ومن باع ثمر حائطه وقد يَبِس واستثنى منها كيلاً ما يجوز له، فأجيح قدر الثلث أو أكثرُ فلا يوضع عن الثمن ولا من الكيل المستثنى شيء، كالصبرة، وهذا كما قال، لأنه ما بقي للبائع ما استثنى بمصيبته ما استثنى من المبتاع، ويلزمه أداء جميع الثمن على كلا القولين وأما إن تلف الجميع فعلى القول بأن المستثني مبقي على ملك البائع لا رجوع له على المبتاع، لأنه مصيبة ما استثناه منه، لأنه تلف على ملكه، وأما على القول بأنه بمنزلة المشتري فيرجع عليه بقدر الأرادب المستثناة من جميع الثمن في قيمة الصبرة، وبيان ذلك بالتنزيل أن يبيع الرجل صبرة فيها ثلاثون إردباً بعشرة دنانير، ويستثني منها عشرة أرادب، فتهلك كلها بعد العقد فإن البائع يقول له مصيبة جميع الثمرة منك، لأنها بالعقد تدْخل في ضمانك، وقد بعتها منك بعشرة دنانير وبالعشرة أرادب فأدّ إليَّ العشرة دنانير ونصف قيمة الصبرة، لأن نصف الثمن وهو العشرة الأرادب إذ قيمتها عشرة دنانير لم أقبضه، لأن ضمانه منك، إذ هو على الكيل فادفع إلي نصف قيمة الصبرة إذ قد استحق من الثمن نصفه، وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

مِن سَمَاعِ أَشْهَبَ وَابنِ نافع من مالك
من الكتاب الذي أوله القراض

قال سحنون أخبرني أشهب وابن نافع، قالا: سئل مالك عن رجل يكون له الحائط فيه البَعل أو غيره أيساقيهما جميعاً في سقاء واحد؟ قال: نعم لا بأس به، وقلت لمالك لا بأس به؟ فقال مالك: نعم لا بأس به.

قال محمد بن رشد: مثل ما في المدونة من أنه يجوز مساقاة الحائطين على سقاء واحد وإن لم يكونا مستويين خلافُ ما في رسم إن أمكنتني من سماع عيسى بعد هذا من هذا الكتاب من أنه لا يجوز أن يساقي الحائطان على سقي واحد، إلَّا أن يكونا مستويين، فاختلف في هذا ولم يختلف في أنه لا يجوز مساقاة الحائطين على جزءين مختلفين كانا متفقين أو مختلفين ولا فرق بينهما في المعنى والقياس إذا أخطار فيها سواء لأنه إذا اختلف الحائطان أو الجزءَان فقد حمل أحدهما صاحبه وإنما فرقت بينهما السنة لأن النبي صلى الله عليه وسلم ساقى خيبر كلها على النصف وفيها الجيد

والرديء[1] فإن وقعت المساقاة في الحائطين المتفقين والمختلفين على جزءين أو في الحائطين على جزء واحد على القول بأن ذلك لا يجوز ففات ذلك بالعمل رد العامل فيه إلى مساقاة مثله وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله مسائل البيوع

قال وسألته عن الذي سَاقَى ثلاث سنين أليس ذلك من جَذاذٍ إلى جَذاذٍ ؟ قال: بلى.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه أعلمه، لأن السنين في المساقاة إنما هي بالأجذّةِ لا بالأهلة، بخلاف العمالات إنما هي بالأهلة لا بالأجذّة، فإن ساقاه السنين واشترط أحدهما على صاحبه الخروج قبل الجذاذ أو بعده رد في ذلك إلى مساقاة مثله على الأصل الذي ذكرناه في أول رسم من سماع ابن القاسم وفي رسم كتب عليه حقّ بعده وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسئل عن ربّ الحائط يقول لرجل تعال اسق أنت وأنا حائطي هذا ولك نصف الثمرة، قال: لا يصح هذا، وإنما المساقاة أن يسلم الحائط إلى الداخل.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إن ذلك لا يصلح، فإن وقع ذلك وفات بالعمل كان العامل فيه أجيراً، لأن ربّ الحائط اشترط أن يعمل معه فكأنه لم يُسلمه إليه وإنما أعطاه أجْراً من الثمرة على أن يعمل معه، بخلاف إذا اشترط العامل أن يعمل معه ربّ الحائط، هذا قال فيه ابن القاسم في المدونة وغيرها إنه يُرَدُّ فيه إلى مساقاة مثله، وقال أشهب يُرَدُّ إلى إجارة مثله، وقال سحنون يجوز ولا يرد إلى مساقاة مثله، كما لو اشترط عليه عاملاً يعمل معه إن كان الحائط كبيراً يجوز اشتراط الغلام والدابة وبالله التوفيق.

مسألة:

ولو أعطاه الحائط فقال له اسقه ولك الثمر كله لم يكن بذلك بأس إلَّا أن يكون سقي صاحبُ الحائط قبل ذلك بأشهر، قلت أرأيت الذي يسقي حائطه الشهر أو الشهرين ثم يبدو له أن يساقي حائطه على النصف؟ فقال: إن كان يتبعه بما سَقَى فلا

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٥٩٠)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٧٤١)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٥٩٠).

يصلح، وإن كان يلغي ما ساقى فلا بأس به.

قال محمد بن رشد: قوله في المسألة الأولى إلَّا أن يكون سقى صاحبُ الحائطِ قَبْلَ ذلك بأشهر يُبَيِّنُهُ قولُهُ في المسألة الثانية إن كان يتبعه بما سَقَى فلا يصلح، وإن كان يُلْغي ما سَقَى فلا بأس به، ومعناه إذا وقع الأمر على هذا على غير قصد إليه ولا اشتراط له، ولو قال له تعال أساقيك في حائطي بعد أن أسقيه أنا شهراً أو شهرين لم تجز، فإن وقع رد إلى مساقاة مثله، وأما إن ساقاه بعد أن سقى أشهراً على أن يتبعه بما سقي فإنه يرد إلى إجارة مثله وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل كان في حائطه مساقاة على النصف فبيع الحائط فأراد الداخل في الحائط أن يخرج منه بشيء يُعْطَاه، قال: لا يصلح من ذلك شيء يأخذه أو يعمل حتى يتم مساقاته، أرأيت لو كان صاحب الحائط نفسه ولم يبعه فأراد أن يخرج منه بشيء يعطاه؟ فقال: لا يصلح هذا إلَّا أن يخرج منه بغير شَيء، أو يقيم على مساقاته، قيل له أرأيت إن كانت مساقاته على النصف فلما بِيعَ الحائط أراد أن يخرج منه بأن يعطي سدس الثمرة في الجذاذ؟ فقال: هو بمنزلة صاحب الحائط الأول لو لم يبع، قال أشهب: وتفسير مكروهة إذا عمل فيه أشهراً ثم أراد أن يخرج منه بسدس الثمرة أن ربّ الحائط كأنه استأجره تلك الأشهر بسدس ثمر الحائط فصارت المساقاة دُلْسَةً بينهما فصار بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها. وأما إذا لم يعمل في الحائط شيئاً حتى يخرج منه إلى ربّ الحائط بربح سدس الثمرة فإن ذلك لا بأس به في قول من يقول إن السقاء إذا وجب بينهما لم يقدر واحد منهما على ترك ذلك وإن كان لم يعمل.

قال محمد بن رشد: أما خروجه على المساقاة قبل أن يعمل أو بعد أن عمل لرب الحائط أو المبتاع له على شيء يُعطاه فلا يجوز باتفاق، فإن وقع ولم يعثر على ذلك حتى فات بالعمل رُدّ فيما عمل إلى إجارة مثله، وأما خروجه عن المساقاة بعد أن عمل على جزء منهما فمنع من ذلك في هذه الرواية وقد فسر أشهب مكروهة بما لا مزيد عليه من أن ذلك دلسة فيما بينهما فمكروهه حماية الذرائع والتهمة لهما على إجازة الإجارة الفاسدة بينهما بما أظهراه من المساقتين الصحيحتين فلا حرج عليهما إذا فعلاه لأمر بدا لهما دون دلسة كانت بينهما لأنها بانفرادها مساقاة صحيحة كالأول، فإن وقع رد إلى إجارة مثله على تعليله، وأجاز ذلك ابن القاسم في رسم الأقضية والأحباس من سماع أصبغ على ما ذكر من وجه جوازه.

وأما خروجه عَن المساقاة قبل أن يعمل على جزء مسمى فلا خلاف في جواز ذلك على مذهب مالك الذي يرى المساقاة من العقود اللازمة وعلى مذهب من يراها من العقود الجائزة التي لا تلزم لأن الجزء الذي يعطيه على مذهبه هبة من الهبات فقوله إن ذلك لا بأس به في قول من يقول إن السقاء إذا وجب بينهما لزمهما ولم يكن لواحد تركة كلام فيه نظر، إذ هو جائز على كلا القولين، فمراده به أنه عقد لا بأس به يلزمهما على مذهب من يرى أن السقاء يلزمهما بالعقد لأنهما على مذهب من لا يرى السقاء لازماً بالعقد هبة من الهبات إذا علم أن ذلك لا يلزمه، ولو ظن أن ذلك يلزمه فأعطاه الجزء على الخروج لكان من حقه إذا علم أن ذلك لا يلزمه أن يرجع به عليه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن المساقاة على انكسار صلة الزرنوق وحرف القف يكون في ذلك غرم الدينار والدريهمات على من ترى ذلك؟ قال: أرى ذلك كله على ربّ الحائط.

قال محمد بن رشد: الزرنوق الخطارة والقف المعجمة التي يقع فيها الماء، وقال أبو صالح حرف القف الجلد الذي في القفة الذي يسقي بها الماء والأول أظهر، وذلك كله من اليسير الذي يجوز لرب الحائط أن يشترطه على المساقاة وبالله التوفيق.

مسألة:

ولا بأس بأن يشترط ربّ الحائط على الداخل الخرص لأنه جزء معلوم، ولا يجوز أن يشترط ذلك الداخل على ربّ الحائط﴿قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِكُمْ سُنَنٌ﴾ [آل عمران: ١٣٧].

قال محمد بن رشد: الحكم في زكاة تمر المساقاة أن يخرج من جملتها إذا بلغت ما يجب فيه الزكاة أو كان لرب الحائط مال سواه إذا أضافه إليها بلغت ما يجب فيه الزكاة ثم يقتسمان الباقي بينهما بعد إخراج الزكاة على ما اتفقا عليه من الأجزاء في المساقاة، فإن اشترط أحدهما على صاحبه أن يكون جميع الزكاة في حظه جاز ذلك على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة، اشترط ربّ الحائط على العامل أو العامل على ربّ الحائط لأن ذلك يرجع إلى جزء مسمى فلا غرر فيه من أجل أنه إن اشترط ذلك ربّ الحائط على العامل وقد كان ساقاه على النصف كان إنما ساقاه على أن يكون للعامل أربعة أجزاء من عشرة ولرب الحائط ستة أجزاء من عشرة يُخْرَجُ من ذلك الجزءُ الواحدُ في الزكاة تبقى وكذلك أن اشترطه ذلك العامل على ربّ المال كان

إنما ساقاه على أن يكون لرب الحائط أربعة أجزاء من عشرة وللعامل ستة أجزاء يُخْرَج من ذلك الجزءُ الواحد في الزكاة فيبقى له خمسة أجزاء من عشرة، وذلك النصف على ما ساقاه عليه، وقد قيل إنه لا يجوز لأحدهما أخذ أربعة أعشارها إن كان هو الذي اشترطت عليه الزكاة أن يشترط الزكاة على صاحبه، وهو الذي في أصل الأسدية من أجل أن الثمرة ربما لم تبلغ ما يجب فيه الزكاة، فيصير العامل لا يدري عَلى مَا يعمل لأن الثمرة إن لم تبلغ ما يجب فيه الزكاة أخذ نصفها، وإن بلغت ما يجب فيه الزكاة أخذ أربعة أعشارها إن كان هو الذي اشتُرِطَتْ عليه الزكاة، فهذا بيّنٌ في الغرر إن كان هو الذي اشترطت عليه الزكاة، وأما إن كان هو الذي اشترط الزكاة على ربّ الحائط فلا غرر فيه، لأنه يأخذ النصف على كل حال بلغت الثمرة ما يجب فيه الزكاة أو لم تبلغ، والغرر الذي في جهة ربّ الحائط من أجل أنه أخذ نصف الثمرة إن لم تبلغ ما تجب فيه الزكاة وأربعة أعشارِها إن بلغت ما تجب فيه الزكاة، لأن العشر الخامس يُخرجه في الزكاة على ما اشترطه عليه العامل لا معتبر به، وهذا إذا قلنا إن الجزء الذي اشترطه كل واحد منهما في الزكاة على صاحبه يرجع إلى الذي اشترطه عليه منهما إن لَمْ يبلغ الثمر ما يجب فيه الزكاة، لأنه يقول له ساقيتك على النصف واشترطت على الزكاة فإذا لم يكن في الحائط زكاة فلا شرط لك علي، رُد على الجزء الذي اشترطته من نصيبي لتخرجه في الزكاة، إذ لا يجب في الحائط زكاة، وأما على القول بأن الجزء المشترط في الزكاة إذا لم يكن في الحائط زكاة يكون لمشترطه فالغرر إنما يكون في المساقاة إذا اشترط الزكاة فيها العاملُ على ربّ المال لا إذا اشترطها ربّ المال على العامل، وعلى هذا قوله في هذه الرواية وإن كان لم يعلل قوله فيها إلا بالإتباع فقال: قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِكُمْ سُنَنٌ، وأما على القول بأنه بينهما بنصفين لأنهما يتداعيانه أو يلغى ويقتسمان الثمرة اتساعاً فالغرر حاصل كان العامل هو الذي اشترط الزكاة على ربّ الحائط أو ربّ الحائط على العامل، لأنه يأخذ أربعة أجزاء من عشرة إن بلغ الحائط ما تجب فيه الزكاة وكان ربّ الحائط هو الذي اشترط عليه الزكاة وأربعة أجزاء ونصف جزء من عشرة وأربعة أجزاء من تسعة إن لم يكن في الحائط زكاة، وخمسة أجزاء من عشرة إن بلغ الحائط ما تجب فيه الزكاة وكان العامل هو الذي اشترط الزكاة على ربّ الحائط وخمسة أجزاء ونصف جزء من عشرة أو خمسة أجزاء من تسعة إن لم يكن في الحائط زكاة، فهذا وجه ما في الأسديّةِ من أنه لا يجوز لأحدهما أن يشترط الزكاة على صاحبه، وروايةُ أشهب هذه عن مالك في أنه يجوز لرب الحائط أن يشترط الزكاة على

العامل ولا يجوز للعامل أن يشترطها على ربّ الحائط حظها في النظر، والقياسُ هو ما ذكرناه من أن قوله فيها يأتي على قياس القول بأن الجزء المشترط في الزكاة يكون لمشترطه إذا لم يكن في الحائط ما تجب فيه الزكاة، وفي ذلك أيضاً الإتباع حسبما احتج به فيها من قوله﴿قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِكُمْ سُنَنٌ﴾ [آل عمران: ١٣٧]، والفرق بالعكس وجهه ما بيناه من أن الغرر لا يكون إذا كان العامل هو مشترط الزكاة على ربّ الحائط، وإنما يكون إذا كان ربّ الحائط هو مشترط الزكاة على العامل، وذلك على القول بأن الجزء المشترط في الزكاة إذا لم يكن في الحائط زكاة تكون للمشترط عليه ذلك الجزء في الزكاة لا لمشترط.

فيتحصل على هذا في المسألة أربعة أقوال أحدها جوازُ اشتراط الزكاة من كل واحد منهما على صاحبه، وهو الذي في المدونة، والثاني لا يجوز ذلك من واحد منهما على صاحبه وهو الذي في أصل الأسدية، والثالث رواية أشهب هذه أنه يجوز ذلك لرب الحائط على العامل ولا يجوز للعامل على ربّ الحائط، وهو الذي يتخرج على ما بيناه من سقوط الغرر في اشتراط العامل الزكاة على ربّ الحائط على القول بأن الحائط إذا لم يبلغ ما تجب فيه الزكاة يرجع الجزء المشترط في الزكاة على من اشترطه عليه منهما، والقولُ الذي في المدونة أظهر إن كان الحائط كثيراً يعلم أنه يجَب في ثمرة الزكاة إلَّا أن يخلف عمل جرت به العادة في الغالب أو يأتي عليه جائحة، والذي في أصل الأسدية أظهر إن كان الحائط صغيراً يشبه أن تجب فيه الزكاة وألا تجب من غير جائحة تصيبه، ولا اختلاف عما جرت به العادة في الحمل ويحتمل أن يحمل ما في المدونة على الحائط الكبير الذي يُؤمَنُ أن يقصر ثمرة عما تجب فيه الزكاة إلَّا بما يطرأ فيه من الجوائح، لأن الطوارىء النادرة لا يعتبر بها في إحالة الأحكام عن وجوهها، وما في أصل الأسدية على الحائط الصغير الذي يشبه أن تجب فيه الزكاة وألا تجب فلا يكون ذلك اختلافاً من القول وبالله التوفيق.

ومن سماع سحنون بن سعيد

قال: وقال ابن القاسم الفجل والإِسفنارية والورد والياسمين والعصفر وقلب السكر عندي في الجوائح سواء لا يوضع قليل ذلك ولا كثيره حتى يبلغ الثلث، والمساقاة فيه جائزة، وكلُّ ما جاز فيه المساقاة فالجوائح توضع في ثلث ذلك، ولا توضع في أدنى من ذلك إلَّا الموزَ فإنه لا توضع فيه المساقاة ولا توضع فيه الجائحة

حتى تبلغ الثلث، وأما الزعفران والبقل والريحان والقرط والقصب والكسبر فإن الجوائح في قليله وفي كثيره، ولا تصلح المساقاة، وأما الكمون فإنه تجب فيه المساقاة بمنزلة الزرع، وإنما يراد منه حبه ولا يراد منه شجره، وأما الموز والمقاتي والباذنجان، فهذه ثمار وكل ما كان من الثمار من الفاكهة وغيرها فذلك لا جائحة فيه حتى يصيب الثلث. وما كان يباع من الفول أخضر والجلبان وما كان من صنف هذه فأصابته جائحة فلا يوضع حتى تبلغ الثلث لأنه يرجع إلى أصله وهو ثمرة، وهذه الأشياء لا تجوز فيها المساقاة إلَّا أن يخاف صاحبها العجز.

قال محمد بن رشد: هذا الأصل الذي أَصّلَهُ ابن القاسم في رواية سحنون هذه عنه على مذهبه فيما عدى الأصول من أن ما جازت فيه المساقاة من ذلك لم توضع الجائحة فيه إلَّا أن تبلغ الثلث فصاعداً، وما لم تجز فيه المساقاة من ذلك وضعف الجائحة في قليله وفي كثيره إلاَّ الموز فإنه لا تجوز فيه المساقاة ولا توضع الجائحة فيه إلَّا أن تبلغ الثلث فصاعدا وَجْهُهُ أن المساقاة لا تجوز فيما يحل بيعه لأنها إنما أجيزت للضرورة فيما لا يحل بيعه إن لم يقدر على الاستيجار عليه باعه وانتفع بثمنه، وما لا يحل بيعه لم يقدر على الاستيجار عليه هلك وضاع، وقد نهى رَسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال[1] لأنه سبب للحياة وَعَونٌ على الطاعة، وأن البقول إنما وضعت فيها الجوائح في القليل والكثير لأن المشِتري لها لم يدخل مع البائع على تلف شيء منها إذ ليست بثمرة توكل خضراء وهو يقدر على جذها حين ابتياعه لها، إذ لا يجوز ابتياعها إلَّا بعد أن ينتفع بها ويُمكِنَ جَذَاذُها، بخلاف الثمار التي لا يقدر على جذها حين اشتراها حتى يَتَنَاهَى طيبها فقد دخل مع البائع على أنه لا بد أن يسقط منها وأكل الطير منها والعامة من الناس وغيرهم، فاستقام على هذا الأصل الذي أصله فيما عدى الأصول وَخَرَجَ الموز عن ذلك لأنه لما كان مما يجوز بيعه وما يأتي من بطونه لأمَد معلوم من أجل أن ذلك فيه معروفٌ لم تَجُزْ فيه المساقاة، ولما كان ثمره توكل خضراً علم أنه لا بد أن يذهب شيء منها قبل أن تجد لما لربها من عامية الناس

---

(١) أخرجه الترمذي (٢٢٧٥)، وأخرجه ابن ماجه (٤٠٩٨)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٨٣٧)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٤٩٢)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (٨١٧٠)، وأخرجه ابن أبي الدنيا في إصلاح المال (١١٢)، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (٢٧٠٤)، وأخرجه ابن حزم في المحلى بالآثار (٣٩٦).

وغيرهم، لأن المشتري قد دخل على ذلك مع البائع فوجب ألَّا توضع الجائحة فيه إلا أن تبلغ الثلث فصاعداً.

ووجه قوله إن المساقاة لا تجوز في هذه الأشياء إلَّا أن يخاف صاحبها العجزَ هو أن المساقاة إنما جوزت مع ما فيها من الغرر وبيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه وقبل أن يخلف أيضاً للسنة الوَاردة عن النبي عليه السلام في مساقاة النبي عليه السلام يهود خيبر في نخلها على سطر ما يخرج منها، فجازت المساقاة في الأصول وإن لم يعجزَ صاحبها عن عملها اتباعاً للسنة في موضعها، ولم يَقْوَ عنده ما عدى الأصول من الأشياء التي يجوز بيعها ويحتاج إلى الاستيجار عليها قُوَّتَهَا في القياس عليها فلم تجز المساقاة فيها إلَّا مع العجز عن عملها قياساً على الأصول، وهو قولُ ابن نافع في كتاب ابن سحنون.

وقيل: إن المساقاة لا تجوز في شيء من ذلك أصلاً لأن المساقاة في الأصول رخصة فلا يقاس عليها.

وقال ابن المواز أكره المساقاة عليها مع العجز عن عملها، وكان أبو عمر بن القطان يقول المساقاة جائزة على ما في المدونة في الياسمين والورد والقطن عَجَزَ عنه صاحبه أو لم يعجز، خلاف المقاتي والزرع، وهو بعيد إذ لا فرق في حقيقة القياس بين القطن والزرع والمقاتي وقصب السكر في جواز المساقاة فيها من غير عجز، لأن أصولها غير ثابتة بخلاف الياسمين والورد الذي أصولها ثابتة فلا ينبغي أن يختلف في أن المساقاة في الياسمين والورد جائزة على مذهب مالك وإن لم يعجز صاحبها عن عملها، ولو قال قائل أن المساقاة في المقاتي والقطن وما كان في معناها جائزة وإن لم يعجز صاحبها عن عملها بخلاف الزرع وقصب السكر وما كان في معناهما لكان له وجه، لأن هذه ثمار تجنى من أصولها فأشبهت ثمار الأصول الثابتة، والزرعُ وقصب السكر وما أشبهها لا تجنى من أصولها إلا بقطع الأصول، ففارقت ثمر الأصول في المساقاة في الزرع على مذهب ابن القاسم لا تجوز إلَّا بثلاثة شروط أحدها أن يعجز صاحبها عن عمله، والثاني أن ينبت وقبل أن يستقل بعد نباته، والثالث ألا يبلغ مبلغاً يحل بيعه. وكذلك قصب السكر بهذه المنزلة تجوز مساقاته بعد أن ينبت قبل أن يحل بيعه إذا عجز عن عمله، واختلف إن كان له خلفة هل يجوز أن يشترطها في المساقاة، والاختلاف في هذا جار على الاختلاف في جواز اشتراطها في البيع.

وكذلك البقل تجوز فيه المساقاة إذا نبت وعجز صاحبه عن عمله قبل أن يحل

بيعه، قال ذلك عبد الرحمن بن دينار في المدنية، وقال ابن القاسم فيها لا تجوز المساقاة في البقل وكل شيء يجد ثم يخلف مثل البقل، ولو كان ذلك مثل الزرع الذي لا يكون في السنة إلَّا مرة واحدة لم يكن به بأس، وظاهر قول ابن دينار أن المساقاة في البقل قبل أن يحل بيعه إذا عجز عن عمله جائزة، وإن اشترط خَلَفَه، وظاهر قول ابن القاسم أن ذلك جائز إذا لم يشترط الخلفة فحصل الاختلاف بينهما في جواز اشتراط الخلفة في المساقاة وذلك على الاختلاف في جواز اشتراطها في البيع، ويحتمل أن يقال أن الاختلاف أيضاً في مساقاة البقل وإن لم يشترط خلفته ويكون ذلك جارياً على الاختلاف الذي ذكرناه في الزرع هل تجوز فيه المساقاة إذا نبت قبل أن يستقل أو لا يجوز وإن نبت حتى يستقل، لأن البقل إذا استقل فقد حلّ بيعه، وما حلّ بيعه فلا يجوز مساقاته، وقوله في الفجل أو الإِسفنارية إن المساقاة فيهما جائزة معناه قبل أن يحل بيعهما، إذ لا تجوز المساقاة فيما يحل بيعه.

وأما قوله إن الجائحة لا توضع في قليل ذلك حتى يبلغ الثلث فبعيد، وما في المدونة من أن الجائحة توضع في قليل ذلك وكثيره أصح، لأن بيعه لا يحل حتى يبلغ مبلغ القلع، فَلَهُ حكمُ البقول في وضع الجائحة فيه، قيل إنه يوضع القليل والكثير، وقيل إنه لا يوضع القليل ولا الكثير، وقيل إنه لا يوضع إلَّا الكثير الثلث فصاعدا وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وقال سحنون: لا بأس بمساقاة النخل بعد أن يبدو صلاحها.

قال محمد بن رشد: قول سحنون هذا خلافُ مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة، لأنه نص فيها على أن ذلك لا يجوز لأن فيه منفعة لرب الحائط، والمنفعة التي له في ذلك سقوطُ الجائحة عنه لأن الثمرة إذا أجيحت في المساقاة لم يكن له قيام بالجائحة وكان بالخيار بين أن يتمادى على مساقاته أو يخرج عنها، بخلاف الإِجارة التي له أن يرجع فيها إذا أجيحت الثمرة بإجارة مثله فيما عمل، وإنما أجاز ذلك سحنون لأنه رآها إجارة أخطأ في تسميتها مساقاة، فأجازها على حكم الإجارة من وجوب الرجوع بحكم الجائحة فيها، ولم يجزها ابن القاسم لأنه راعى تسميتها إياها مساقاة إذ حكم المساقاة لا يرجع فيها بالجائحة فرآها إجارة فاسدة يجب فسخها مَا لَمْ تَفُتْ بالعمل، فإن فاتت به كان للعامل أجرة مثله على حكم الإجارة تنعقد بلفظ المساقاة، ولم يحملها ابنُ القاسم على الإِجارة إذْ رآها لا تنعقد بلفظ المساقاة، وكذلك

على مذهبه لا تنعقد المساقاة بلفظ الإجارة لو قال له أو أجِرُكَ على سقي حائطي هذا بنصف ثمرته إذا طابت لم يجز، ويأتي على مذهب سحنون أنَّ ذلك يجوز، وتكون مساقاة وينبغي على قول سحنون ألَا يجوز ذلك في الزرع لأنه كمن قال أحصده وهذبه ولك نصفه، وهذا لا يجوز عنده، وقول ابن القاسم أظهرُ لأن الإجارة والمساقاة عقدان مفترقا الأحكام، فلا ينعقد أحدهما بلفظ الآخر، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وأخبرني ابن أشرس عن مالك في الرجل يساقي الرجل الحائط وله بياض تَبَعٌ للنخل فيستثنيه العامل فيصيب النَخْلَ جائحة فيذهب ثمرها وقد زرع العاملُ البياضَ، قال مالك: يكون على العامل كراء البياض، قال سحنون وهي جيدة، والحجة في ذلك إذا لم يعط البياض إلَّا على السواد، فلما ذهب السواد رجع عليه بكراء البياض.

قال محمد بن رشد: قد بين سحنون رواية ابن أَشْرَس وَوَجْهَهَا واحتج لها بما لا مزيد عليه لمن وقف على معنى ما ذهب إليه، وله في كتاب ابنه أن مالكاً قال وكذلك لو عجز الرجل عن الأصل كان عليه البياض بكراء مثله، ورواه علي بن زياد عنه فمعنى ما ذهب إليه سحنون أن العامل لما أجيحت الثمرة أبى أن يتمادى على عمل الحائط إلى آخر ما يلزمه من سقاية ولذلك كان لصاحب الحائط أن يرجع عليه بكراء أرضه، ولو تمادى على عمل الحائط إلى آخر ما يلزمه منه لما كان عليه في البياض، كذا يتبين تشبيه مالك لذلك بعجز العامل عن العمل، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال محمد بن إبراهيم المدني وعبد الله بن نافع: إذا كان لرجل أصل من نخل أو كرم أو غيره من الأصول وفيها الشيء من البياض هو تبع للنخل وكان البياض فيها الشيء من النخل هي تبع للبياض فقال للذي يساقيه النخل أو يستكري منه البياض أساقيك النخل وحدها أو أكريك الأرض وحدها وأحبس نخلي أو بياضي ولك من الماء قدرُ ما تروي به نخلك في السقاء وتروي به زرعك في حين تسقي الزرع ولي فضل مائي نسقي به نخلي أو ما صنعتُ في بياضي ليس عليك فيه سقاء كان ذلك حسناً جائزاً، وإنما يكره من ذلك أن يجمع النخل إلى البياض أو البياض إلى النخل فيشترط ذلك المساقي خاصة ويكون على المساقي سقيه فتكون زيادة يزدادها عليه، فإذا لم يكن كذا فلا بأس به.

قالا: وكذلك إذا اشترط الرجل على صاحب الأرض أن البدر عليك كانت زيادة ازدادها فلا يصلح.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة حسنة جيدة صحيحة على مذهب مالك، لأنه قال في موطأه في المساقي يشترط البياضَ إنه لا يصلح، لأن الداخل يسقيه لرب الأرض فذلك زيادة ازدادها عليه ربّ الأرض فهذا يدل من قوله إنه إذا لم يسق المساقي ما اشترط عليه المساقِي من الأرض فهو جائز. وأما إذا أكرى الرجلُ أرضه وفيها ثمرات يسيرة أو كثيرة فأبقاها لنفسه لم يُدخلها في كرائه فذلك جائز وإن اشترط على المُكترى سقيها، لأن ذلك كله معلوم فلا غرر فيه.

ولم يتكلم على الحكم إذا اشترط ربّ الحائط الأرض على أن يسقيها المساقي، والذي يأتي في ذلك على الأصل الذي قد ذكرته في أول رسم من سماع ابن القاسم وفي رسم كتب عليه ذكر حقّ منه وما ذهب إليه ابن حبيب أن يُرَدَّ في ذلك إلى مساقاة مثله في الحائط، ويكون له أجرة مثله في سقيه الأرض لرب الحائط.

وكذلك لم يتكلم إذا اشترط البذر على صاحب الحائط يريد على أن يكون الزرع بينهما، والحكم في ذلك على ما تقدم أن الزرع لرب الحائط الذي له البذر وعليه للعامل أجرة مثله في عمله وسقيه، ويرد في النخل إلى مساقاة مثله قاله ابن حبيب في الواضحة والله الموفق.

من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم

من كتاب سلف ديناراً

قال عيسى: سألت ابن القاسم عن حائط ساقاه صاحبه سنة على النصف وسنة على الثلث، قال: لا يحل هذا، قيل له فإن كان قد عمل سنة وحانت الثمرة قال يُرد إلى مساقاة مثله، ويكون له أن يعمل السنة الثانية.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، ومثله في المدونة أن المساقاة الفاسدة للسنين إذا عمل بعضها فهو فوت في جميعها، ورده في هذه المسألة إلى مساقاة مثله صحيح على الأصل الذي ذكرناه في أول رسم من سماع ابن القاسم وفي رسم كتب عليه ذكر حقّ منه.

مسألة:

قيل له: فحائط ساقاه صاحبُه رَجُلاً على أن يكفيه مؤنة حائط له آخر؟ فقال: هذا

حرام، قيل له: فقد وقع، قال: يعطي في الذي اشترط عليه كِفَاية أجرة مثله، ويرد إلى مساقاة مثله في الحائط الآخر.

قيل له: فإن قارضه بمائه دينار على أن يُبلغ له مائة دينار أخرى إلى موضع كذا وكذا؟ فقال: له فيهما جميعاً إجارة مثله يريد إذا فات، ولم يره مثل مسألة المساقاة التي فوقها.

قيل له: فإن جاء بربح فأراد صاحب المال أن يسوغه إياه ويتركه له فقال صاحب المال إن الذي يترك من الربح أكثر من إجارة مثله وعلم الآخر كم هو؟ فلا بأس به إن علما به جميعاً وأما أن يتخاطرا فلا خير فيه.

قال محمد بن رشد: مثلَ هذا حكى ابنُ حبيب في الواضحة أنه يعطي أجرة مثله في الحائط الذي اشترط عليه كفاية مؤنته ويُرد في الآخر إلى مساقاة مثله، وهو على الأصل الذي ذكرناه في أول سماع ابن القاسم في كتاب ابن المواز عن ابن القاسم أنه يرد فيهما جميعاً إلى إجارة مثله وهو الأظهر، وأما الذي قارضه بمائة على أن يبلغ له مائة إلى موضع كذا فلا اختلاف أحفظه في أنه يرد إلى إجارة مثله في جميع ذلك، وكذلك لو قارضه بمائتين على أن يكون ربح المائة الواحدة لرب المال وربح المائة الثانية بينهما على أن يعمل بكل مائة على حدة، لَرُدَّ فيهما جميعاً إلى إجارة مثله قولاً واحداً، والقراض في هذا خلاف المساقاة، وأما قوله إنه لا يجوز أن يسلم له ربح المال فيما وجب له من إجارة مثله حتى يعلم أن كان أقل من ذلك أو أكثر، فهو بين لا إشكال فيه لما في ذلك من المخاطرة والغرر إذا جهل قدر ذلك وبالله التوفيق.

ومن كتاب إن خرجت من هذه الدار

قال: وقال ابن القاسم: لا بأس أن يستثني الداخل في الحائط ما كان فيه من بقر أو غلمان أو دواب، وليس له أن يستثنى على ربّ الحائط إلّا ما وجد فيه من ذلك، وعلى ربّ الحائط أن يخلف كل ما مات من عبد أو شيء أو ثور مما استثنى الداخل في الحائط مما وجد فيه.

قلت فإن جهل الداخل في الحائط أن يستثني ما فيه من الدواب والرقيق وظن أن ذلك له استثناهم أو لم يستثنهم، فلما تعاقدَا المساقاةَ قال له ربّ الحائط: إنما ساقيتك الحائط وحده بلا دواب ولا رقيق؟ قال يتحالفان ويتفاسخان.

قال محمد بن رشد: قولُه لا بأس أن يستثني الداخل في الحائط ما كان فيه من بقر

أو غلمان أو دواب يدل على أنهم لا يكونون له إلَّا أن يستثنيهم خلافُ ما في المدونة من أن الحكم يُوجِبُهم له وإن لم يستثنيهم إذ لا يجوز لرب الحائط أن يستثنيهم ولا يخلو الأمرُ على هذه الرواية من أن يتفقا أو يختلفا، فإن اتفقا على أن أحدهم استثناهم جاز ما اتفقا عليه من ذلك، وإن اتفقا على أنه لم يستثنهم واحد منهما ولا كانت له نية بَقُوا لرب الحائط، وإن اتفقا على أنه لم يستثنهم واحد منهما إلَّا أنهما اختلفا فيما نوياه فقال العامل كانت نيتي أن يكونوا لي وهو الذي ظننت وعليه ساقيت بما ساقيت به، وقال ربّ الحائط كانت نيتي على أن يكونوا لي ولا يدخلوا في المساقاة تحالفاً وتفاسخاً كما قال في الرواية.

وكذلك لو اختلفا فقال العامل استثنيتُهم وقال ربّ الحائط بل استثنيتُهم أنا تحالفاً وتفاسخاً على هذه الرواية، وكذلك لو ادعى أحدُهما أنه استثناهم وكذبه الآخر فيما ادعاه من أنه استثناهم ولم يدعِ هو أنه استثناهم إلَّا أنه قال كانت تلك نيتي وعلى ذلك ساقيت لتحالفا وتفاسخا أيضاً، ولو اختلفا على مذهبه في المدونة فادعى كل واحد منهما أنه استثناهم لوجب أن يكون القول قول العامل لأنه مدعي الصحة منهما، وذلك على القول بمراعاة دعوى الإشباه مع القيام؛ لأنه إنما كان القول قول مدعي الصحة من أجل أنه أشبه بالدعوى خلافُ ما في سماع أبي زيد من كتاب المغارسة، وقد مضى هنالك من الكلام على تلك المسألة ما فيه بيان لهذه وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسألته عن الرجل يساقي الرجل الزيتون على أن يعصره، قال: لا بأس بذلك وعلى ساقى النخل جَذاذه وعلى ساقي الزرع حصاده ودرسه، قيل لسحنون ما منتهى المساقَى في الزيتون؟ قال: جناه، قيل له فالثمر؟ قال: جَذَاذه قال بعدما طاب وحل بيعه أو بعدما يثمر؟ قال: ذلك بعد الإِثمار، قيل كاله فالتين والكرم؟ قال على المساقي القطاف والتيبيس هو أجل مساقاته ليس يتعوض عنه المساقاة وعلاجها بالجني حتى يتزبب ذلك وييبسه.

ومعنى ذلك إنما كان التيبس غالباً على أهل البلد لأنه إذا لم يكن غالباً على أهل البلد لم يلزمه إلَّا أن يشترط عليه إذ هو يلزمه ما هو يفتقر إلى عمله بإمكان القسمة قبله والمراعي في ذلك بالعرف في البلد إن لم يكن في المساقاة عرف وإما لأنه عرف فإياه يعتبر وأن خالف ذلك عرف البلد.

وقال ابن القاسم في مساقاة الزيتون: إنّ عليه عصره إنْ كان عصره غالباً على أهل

ذلك البلد.

قال محمد بن رشد: قوله إنه لا بأس بمساقاة الزيتون على أن يعصره المساقي دليل على أنه إذا لم يكن شرطاً لم يلزم المساقي العصر واقتسما الزيتون حباً ومثله في كتاب ابن المواز أن عصر الزيتون في المساقاة على شرطهما، فإن لم يكن شرط فهو بينهما مثل قول سحنون إن منتهى المساقاة في الزيتون جناه ومعنى ذلك إذا لم يكن العرف في البلد العصر وأما إنْ كان العرف بالبلد في الزيتون العصر فيلزم المساقي العصر إلَّا أن يشترط ألَّا يلزمه ذلك يبين ذلك من مذهب ابن القاسم قوله أولاً قوله في المسألة الأخرى ويبينه من مذهب سحنون قوله في التين والكرم إنّ على المساقي القطاف والتيبيس وإنّ العلاج ينقضي عنه بالجني حتى يتزبب ذلك وييبسه لأن معنى ذلك إنما هو إذا كان التيبيس غالباً على أهل البلد، لأنه إذا لم يكن غالباً على أهل البلد لم يلزمه إلَّا أن يشترطه عليه إذ لا يلزمه ما لا يفتقر إلى عمله بإمكان القسمة قبله والمراعي في ذلك العرف في البلد إذا لم يكن في المساقاة عرف وأما إن عرف فإياه يعتبر وإن خالف ذلك عرف البلد وبالله التوفيق.

ومن كتاب جاع

وقال لرجل سأله عن أرض اكتراها بخمسين ديناراً وفيها شجرتين غلة بعد إخراج النفقة مثل كراء الأرض هل يحل ذلك؟ قال لا بأس به لأن بيعه وحده حلال، والكراء بيع من البيوع فلا بأس به.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله لأن الكراء والبيع جائز أن يُجْمَع بينهما في صفقة واحدة وبالله التوفيق.

ومن كتاب إن أمكنتني

قال: وقال ابن القاسم: لا بأس أن يُسَاقِيَ الرجلُ الحائطين مساقاة واحدة على النصف أو على الثلث إذا كانا مستويين فإن لم يستويا فلا خير فيه إذا كان لا يأخذ أحدَهما إلَّا لمكان الآخر.

قال محمد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة والقول فيها في أول سماع أشهب فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

من سماع أصبغ من ابن القاسم من كتاب البيوع

قال أصبغ سمعت ابن القاسم يقول إذا باع رجل من رجل نصف ثمر حائطه أو

ثلثه فأصيب من الحائط أقل من الثلث بِجَائِحَةٍ كانت المصيبة بينهما على قدر ما لهما فيه ولم يوضع عنه من الثمر شيء، وإن أصيب ثلثه أو نصفه وضع عنه نصف الثمن أو ثلثه، قال: ولا يُوضع عنه من الثمن شيء حتى يكون الذي بلغت الجائحة ثلثَ جميع الثمرة فيكون ثلث ما اشترى المشتري وهو شريك له في المصيبة فيما قل أو كثر.

قال: وقال مالك: وأن تباعَ نصف سبرته أو ثلثها أو جزء منها فأصابها سَيْلٌ أو شيء ذهب بها أو بعضها فإنهما يَتَحَاصان على قدر حظوظهما فيها، والمصيبةُ منهما جميعاً على الحظوظ، وليس في هذا جائحة قال أصبغ: وقولُ مالك في الثمار أخبرنيه ابنُ وهب وابن القاسم عن مالك.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة صحيحة لا إشكال فيها ولا لبس في شيء من معانيها فلا معنى للقول فيها وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية الحبس

وقال فيمن أخذ حائطاً مساقاة على النصف، ثم سأله صاحب الحائط بعدما عمل أو قبل أن يعمل أن يرد ذلك عليه فيرد ذلك إليه ويخرج من المساقاة بِرُبُعِ الثمرة إذا طابت إن ذلك لا بأس به، لأنها مساقاة منه إليه مُؤْتَنَفَةٌ، قالا: ولو كانا رجلين أَخَذَا حائطاً مساقاة على أن النصف لهما والنصف لصاحب الحائط، ثم سأل أحدُ الرجلين صاحبَه أن يخرج من الثمرة إن ذلك لا بأس به أيضاً، قال: وكذلك لو كانا شريكتين في حائط لهما أصله فسأل أحدهما صَاحِبَه أن يخرج له من الحائط ويسلم إليه جميع الثمرة ولا يعرض فيه جزء من الثمرة إن ذلك لا بأس به، لأنها مساقاة، ولكن لو سأل أحدُهما صاحبه يسلم إليه الثمرة بدنانير أو دراهم أو عرض أو حيوان أو غير ذلك لم يصلح في شيء من جميع وجوه هذه المسألة كلها الذي لأن ذلك بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها، ولكن لو كان حائط لرجل أو كانا حائطين لرجلين شريكين وأخذهما رجلان مساقاة أو أخذهما رجل مساقاة فسأله ربّ الحائط أن يخرجه منه بجزء من حائطه أو سأل أحد الشريكين صاحبه أن يخرجه من أحدهما بجزء من الآخر أو سأل ذلك أحد العاملين منهما بالمساقاة صاحبه أن يخرجه من أحدهما بجزء من الأجزاء لم يكن في ذلك كله خير ولم يصلح لأن ذلك بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها من كلي الفريقين جميعاً.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد تقدم القول فيها وفيما كان من معناها في رسم

البيوع من سماع أشهب فلا وجه لإعادة القول فيه وبالله التوفيق.

ومن كتاب البيوع

قال وسئل مالك عن المرسين يساقي وقيل له إن له أصولاً تعظم وتطول وتُقِيمُ السنين فإنه يجزء منه الشتاءَ والصيفَ وليس له إبان معلوم، يجزئ أشهرمعلومة ثم ينقطع، فهذا يحل بيعه يعني في كل حين إذا أثمر أوله الذي يشتري عليه، يشتريه سنة أو سنتين مثل الموز والقصب، قال: وما حلّ بيعه فلا يحل فيه مساقاة، ولا مساقاة في المرسين.

قال محمد بن رشد: المرسين هو الريحان وقد تقدم في أول سماع سحنون أنه كالبقل لا تجوز فيه المساقاة مثل قوله ها هنا، وقد اختلف في ذلك، فحكى ابن المواز عن ابن وهب إجازة مساقاته، وحكى عن ابن القاسم أن ذلك لا يجوز ثم رجع فأجازه وبَنَى على هذا قال محمد وأَحَبُّ إلي ألَا يجوز لأنه كالموز والقصب إلَّا أن تكون أشجارها ثابتة وإنما تقطع منها حيطانها النابتة في كل عام، وقولُ ابن المواز ينبغي أن يحمل على التفسير للقولين فنقول إنه إنما أجاز المساقاة فيه قبل أن يحل بيعه، ومنع منها بعد أن يحل بيعه كالبقل الذي يجوز فيه المساقاة إذا نَبَتَ قبل أن يحل بيعه حسبما مضى القول فيه في سماع سحنون، وقولُ ابن القاسم وما حلّ بيعه فلا تحل مساقاته خلافُ قول سحنون المتقدم في سماعه، وقد مضى القولُ على ذلك هنالك فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ سألت ابن القاسم عن زيتون يكون بالمغرب ساقي فيها صاحبه على أن يحرثه للمساقي ليس عليه علاج غيره ولا سقي، فقال: هذا بعل وكذلك الكروم والنخل من البَعل، فهذا لا بأس به، وهو أمر الناس في مساقاة البعل وعليه مع هذا قطفها وتنقيتها وحراستها، قلت أرأيت إنْ اشترط حمل نصيبه إلى منزله إلى المدينة أو اشترط ذلك المساقي على العامل؟ قال: لا خير فيه، هذه زيادة يزدادها، قلت أرأيت إن كان ذلك قريباً؟ قال مَا يُعجبني إلَّا أن يكون شيئاً ليس عليه فيه مؤنة، قلت أرأيت إن كان قريب الميل وما أشبهه، وقال ما يعجبني، وقاله أصبغ وقال: إن وقعت فيه المساقاة في المكان البعيد وفاتت رد إلى مساقاة مثله بلا حملان عليه، وسقط الجزءُ الذي بينهما في الشرط.

قال محمد بن رشد: إجازتُه المساقاة في الزيتون البَعل مثل ما في المدونة من إجازة المساقاة في الشجر البَعل والزرع البَعل، وأما اشتراطه على العامل حمل نصيبه إلى منزله فكرهه ابن القاسم إلَّا أن يكون شيئاً ليس عليه فيه مؤنة، وكراهيتُه بينة لأنها زيادة ازدادها ربّ الحائط على العامل إلَّا أنه لم يبين وجه الحكم في ذلك إذا وقع، والذي يأتي في ذلك على الأصل الذي ذكرناه في أول سماع ابن القاسم وفي رسم كتب عليه ذكر حقّ أن يُرَدَّ إذا فات إلى إجارة مثله إلَّا في المكان القريب فيشبه أن يرد فيه على مذهبه إلى مساقاة مثله استحساناً، وأما قول أصبغ إنه يرد إلى مساقاة مثله في المكان البعيد فهو بعيد لا يتخرج إلَّا على قول من يرد العامل في المساقاة الفاسدة كلها إلى مساقاة مثله جملة من غير تفصيل، وبالله التوفيق.

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر

قال أبو زيد سُئل ابنُ القاسم عن الرجل اشترى أصل حائط قد أبر ثم اشترى الأمر قبل أن تزهي، قال: فلا جائحة فيها، ولو كان إنما اشترى بعد أن أزهت ففيها جائحة.

قال محمد بن رشد: أما إذا اشترى الثمر قبل أن تزهي بعد أن اشترى الأصل فلا إشكال فيه في أنه لا جائحة فيها كما لو استثناها في ابتياعه الأصل قبل أن تَزَهَّى لأنها في حين البيع لا يقع عليها حصة من الثمن، ولا يجوز بيعها منفردة عن الأصول، فأما إذا اشتراها بعد أن اشترى الأصول أو هي قد أزهت فقوله في هذه الرواية إن فيها الجائحة خلافُ مذهبه في المدونة أنه لا جائحة فيها إذا اشتريت مع الأصول صفقة واحدة بعد الطياب، لأنه لا يلزم على هذه الرواية إذا اشتراها مع الأصول صفقة واحدة وهي قد طابت وحل بيعها أن تكون فيها الجائحة بما ينوبها من الثمن إذا قبض عليها وعلى الأصل إذْ لا فرق بين شرائها. بعد الطياب في صفقة أخرى أو في صفقة واحدة، لأنه إذا اشتراها مع الأصل في صفقة واحدة فقد وقع لها صحة من الثمن، وهو منصوص عليه لأصبغ في الواضحة، والصحيح ما في المدونة أنه لا جائحة فيها لأنها بالعقد تدخل في ضمانه لكونها في أصولها، فهذه هي العلة في ذلك لَامَا علل به في المدونة من أنها تبع للأصول، فالجواب في المدونة صحيح والتعليل ضعيف وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم الحَبْسُ جائحة.

قال محمد بن رشد: وكذلك السلطان والغاصب الذي لا تأخذه الأحكام هو جائحة على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك لأنه أمر غالب وكذلك السارق عند ابن القاسم جائحة لأنه لا يستطاع الاحتراس منه، وقال ابنُ نافع ليس السارق بجائحة، وذهب مطرفٌ وابن الماجشون إلى أنه ليس شيء من ذلك كله جائحةً، لأنه من صنع آدمي ولا اختلاف فيما كان من غير صنع آدمي كالسِّمُوم يحرق الثمرة والطير الغالب يأكلها والريح يسقطها أن ذلك كله جائحة، والأول أظَهر ألا فرق بين فعل الآدمي وغيره في ذلك لما على البائع في الثمرة من حقّ التوفية، وقد اختلف إذا عَابت الجائحة الثمرة ولم تذهب بها ولا أفسدتها جملة كالغبار يعيبها والريح يسقطها قبل أن يتناهى طيبُها فينقصُها ذلك من قيمتها فقيل وهو المشهور إن ذلك جائحة يُنْظَرُ إلى ما نقص العيبُ منها، فإن كان الثلث فأكثر وضع عن المبتاع، وقيل ليس ذلك بجائحة، وله حكم العيب يكون المبتاع فيه بالخيار بين أن يُمسك ولا شيء له، أو يرد ويرجع بجميع الثمن، وإلى هذا ذهب ابن شعبان وقاله ابن الماجشون في أحد أقواله، فإن ذهب على قولهما من الثمرة ثلثها بجائحة عابت البقية من الثمر ورجع بثلث الثمن لما ذهب من الثمر وكان بالخيار في الباقي بين أن يتمسك به أو يرد ويرجع بجميع الثمن وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن ورق التوت يُباع في شَجَرِهِ ثم يصيبها جائحة أترى أن يوضع عنه الثلث فصاعداً لأن الغرر في أصله؟ قال: بل يوضع عنه ما أصابه من الجائحة من قليل أو كثير، قيل له مثل البقل؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: في الواضحة لابن حبيب خلافُ هذا أن الجائحة في ذلك لا توضع في أقل من الثلث وأنها ليست كالبقول، وقول ابن القاسم أظهرُ بدليل ما ذكرناه من سماع سحنون من المعنى الذي من أجله وضعت في البقول الجائحة في القليل والكثير وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن الماجشون في الذي يتزوج المرأة بثمرة قد بدا صلاحها كلها فأجيحت: إنَّ مصيبتها من الزوج وترجع عليه المرأة بقيمة الثمرة وإنما يُحمل النكاحُ بالثمرة إذا أصابتها الجائحةُ مَحْمِلَ البيع، وابنُ القاسم يقول لا جائحة فيها والمصيبة من المرأة ولا ترجع على الزوج بشيء.

قال محمد بن رشد: قولُ ابن الماجشون هو القياس على أن الصداق ثمن للبضع،

وقد قال مالك رحمه الله: أشبَهُ شيء بالبيوع النكاحُ فوجب الرجوع فيه بالجائحة، فقولُه إن الثمرة إذا أجيحت كلها رجعت المرأة على الزوج بقيمه الثمرة وهو المشهور في المذهب، ووجهُهُ أن الثمرة لما كانت عوضاً عن البضع وهو مجهول رجعت بقيمتها كما يرجع الزوج على المرأة إذا استحق مِن يده ما خالعت به عن نفسها بقيمته للبضع الذي أخرجه عن يده عوضاً عنه، والقياس في النكاح إذا أجيحت الثمرة كلها أن ترجع المرأة بصداق مثلها لأن العوض عن المرأة هو البضع، وقد فات بالعقد أو الدخول، فوجب أن يرجع بقيمته وهو صداق مثلها دخل أو لم يدخل على القول بأنها تفوت بالعقد، وهو قول مالك في رواية أشهب عنه في العتيبة، وعلى القول بأنها لا تفوت بالعقد إن أجيحت الثمرة قبل البناء انفسخ النكاح، وهذا القول قائم من مسألة وقعت في العشيرة ليحيى، ووجه فواته بالعقد ما يوجبه من الحرمة، فهو بخلاف البيوع، ووجه ما ذهب إليه ابن القاسم من أن المصيبة في النكاح إذا أجيحت الثمرة من المرأة ولا رجوع لها على الزوج في ذلك، هو أن النكاح طريقه المُكَارَمَةُ بخلاف البيوع. التي طريقها المُكَايَسَةُ، وأيضاً فإن الصداق على الحقيقة ليس بعوض عن البضع لأن المباضعة فيما بين الزوجين سواء تستمتع به، وإنما هو نحلة من الله فرضها عزْ وجل للزوجات على أزواجهن فقال تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاء صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] فأشبه الصداقُ على هذا الهبةَ، فوجب ألا يرجع فيه بالجائحة، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وقال سحنون: ولو أن رجلاً أعطى نخلة أو كرمة أو زيتونة مساقاة على النصف على أن يسقي ويقطف ويجني على أن يحرث ثلاث حرثات فيعمل العامل جميع العمل الذي اشترطه عليه إلا الحرث فإنه حرث حرثتين ولم يحرث الثالثة فإنه ينظر إلى ما عمل فيقوَّم ذلك ثم يُنظر إلى ما ترك مما شرط عليه عمله فيقَوَّم ثم ينظركم هو مما عمل؟ فإن كان الذي ترك ولم يعمله الثلث من جميع ما شرط عليه من العمل حط العاملُ ثلثَ النصف الذي كان له إن كانت مساقاته على النصف وإن كان إنما ساقاه على الثلث أو الربع فكذلك أيضاً يحط عنه ثلث الثلث أو ثلث الربع، وتفسير ذلك أنه ينظر إلى كل ما عمل العامل فيقومه ثم ينظر إلى قيمة ما ترك أن لو عمله فيقوم فيعرف ما اسم قيمة الذي ترك من قيمة الذي عمل فإن كان ثلثاً حططت من سهمه ثلثه وإن كان ربعاً فكذلك.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله لأن الجزء الذي اشترطه العامل في

المساقاة من الثمرة عِوَضٌ عن عمله، فإن نقص من العمل الواجب عليه شيئاً وجب أن يحط من جزئه من الثمرة بمقداره وهذا بين والحمد لله.

مسألة:

قيل أرأيت لو اشترك رجلان فَأَخْرَجَا الزريعة وأخرج أحدهما الأرضَ والآخر العمل وكراء الأرض مثل قيمة العمل، وعلى أن يحرث الأرض ثلاث حرثات فحرث حرثتين ونصف واحدة؟ فقال ينظر إلى قيمة ما عمل، فإن كان قيمة ذلك عشرين درهماً ثم ينظر إلى قيمة السكة التي ترك فإن كان قيمتها عشرة دراهم نظر إلى قيمة ما ترك وهي العشرة كم ذلك من الثلثين الدراهم؟ فيوجد الثلث فيرجع ربّ الأرض على العامل بمثل ثلث كراء نصف هذه الأرض.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله لأن العمل عوض عن الأرض فإذا قصر في العمل وجب أن يرجع ربُّ الأرض على العامل من كراء أرضه بقدر ما قصر في العمل وبالله التوفيق وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً والحمد لله على ذلك.

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الحبس الأول

من سماع ابن القاسم من مالك

من كتاب الرطب باليابس

قال سحنون: أخبرني ابن القاسم قال مالك من حبس خادِماً على أهل بيت لم يدخل عليهم أحد من غيرهم وكانت لِلآخِرِ منهم، ومن حبس خادما على قوم مفترقين فمن مات منهم فنصيبُه للذي حبسه، قال ابن القاسم: قال مالك إن قال لهذا يوم ولهذا يوم رجع نصيب الذي مات إلى الذي حبسه، وإن كان حبسه على قوم ولم يقل لهذا يوم ولهذا يوم فمن مات فنصيبه على من بقي من أصحابه في الحبس، وقال سحنون هذا أصل جيد فعليه فقس وهي جيدة.

قال محمد بن رشد: أهل البيت هم المنتسبون إلى رجل واحد من رجل أو امرأة انتسابا معروفاً يجب به الميراث، فمن حبس حبسا على أهل بيت رجل وجبَ الحبُس للمنتسبين إلى من ينتسب إلى ذلك الرجل من رجل أو امرأة، وفي دُخول ذلك الرجل فيه اختلافٌ، قيل إنه يدخل فيه بالمعنى إذا كان على مثل حالهم من الفقر أو الغنى، وقيل إنه لا يدخل فيه لأنه إنما حبس على أهل بيته ولم يحبس عليه، والقولان يتخرجان على المعنى الذي ذكرته في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات.

ولا يدخل في ذلك أزواجه إذا لم يكُن من أهل بيته وإن كن ساكنات معه في بيته، والأصل في ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما نزلت هذه الآية ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ اللهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ البَيْتِ﴾ [الأحزاب: ٣٣] دَعَا علياً وفاطمة وحسنا وحسيناً رضي الله عنهم فقال: اللهُم هَؤُلاءِ أَهْلِي وروي أيضاً أنه أدخلهم تحت ثوبه ثم جَأَرَ إلى الله عزّ وجل فقال: يَا ربِّ هَؤُلاءِ أَهْلِي وزاد هذا بياناً ما روى عن أم سلمة أنها قالت: نزلت هذه الآية في بيتي ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ اللهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ البَيْتِ﴾ فقلت يا رسول الله: أَلَسْتُ مِنْ أَهْلِ البَيْتِ؟ قال: أنتِ على خير إنك من أزواج النبي "عليه

السلام"، وفي البيت علي وفاطمة والحسن والحسين، إلاَّ أن يعلم أن المحبس أراد بتحبيسه على أهل بيت الرجل السكانَ معه في بيته من أزواجه وغيرهِن بِنَص منه على ذلك أو دليل يدل عليه من عرف بين أو بساط ظاهر.

قال محمد بن رشد: وقولُه في الرواية إن من حبس على أهل بيت لم يدخل عليهم غيرهم صحيحٌ لا اختلاف فيه، إذ لا يدخل في الحبس سوى من حبس عليه، وأما قولُه وكانت للآخِرِ منهم يريد مِلْكاً، فوجه ذلك أن مَالِكاً كره في تحبيس الحيوان أن يكون على العقب بخلاف الرباع إلَّا أنه إن وقع أمضاه على ما شرطوا إن أرادَ تغيره إلى ما هو أفضلُ للعبد وأقربُ إلى الله فعل، وقال ابن القاسم: كرهه لأنه ضيق على العبد إن كان المحبس عبداً، وقد قال مالك في رسم البز بعد هذا: من حبس خادماً على أمه وأخته حُبُساً صدقه لا تباع، وهي على الباقية منهما، فماتت أخته فَلَهُ أن يَبْتلَهَا لأمه تبيعها إن شاءت؟ قال: ذلك له إن شاء بعد تفكره فيها وكأنه لم يَرَهَا من ناحية الدور، وفي كتاب ابن المواز وكأنه رَآهُ من البر، وهذا في الحيوان، ولا يجوز في الرباع، قال محمد: وهذا لأنه حقّ له إلى ما هو أفضل للعبد وله هو في بِرِّ أمه وأفضل لأمه، فإذا كان أفضل للثلاثة فأجيز في الحيوان، قال ابن القاسم ولو حول الحيوان إلى ما ليس بأفضل مما سبلها فيه لم يجز، قاله مالك، بخلاف الدور لأن الأمة تموت وتمرض، فلما رأى الحبس في الحيوان مكروهاً، واستحب للمحبس أن ينقضه وَيرُده إلى ما هو أفضل رأى أن يكون الخادم إذا حبسها على أهل البيت للآخر منهم ملكاً إذْ لم ينص في تحبيسه أنها ترجع بمرجع الأحباس ولا تباع أبداً، إذ لو نص على ذلك لأمضاه على ما أتت به الرواية عنه إذا فات الأمر بموت المحبس، وأشهب يرى الحبس نافذاً على ما شرط في الرقيق والدواب مثل الرباع يلزمه ذلك ويرجع كما ترجع الدور على الأقرب فالأقرب من عصبة المحبس فيسلك بها مسلك الحبس أبداً لا يباع.

وقولُه في الرواية ومن حبس خادماً على قوم مفترقين فمن مات منهم فنصيبه للذي حبسه معناه مُعَيّنينَ. ومفترقين من أهل أبيات شتى أو مجتمعين من أهل بيت واحد، وظاهره أن ذلك سواء قسم الخدمة بينهم فقال لهذا يوم ولهذا يوم، أو سكت عن ذلك لأن الحُكْمَ يُوجِبُه إن سكت عنه، خلاف ما حكى ابنُ القاسم عن مالك بعد ذلك واختاره سحنون واستحسنه وقال فيه إنه أصل جيد، والذي حكى عن مالك من تفرقته بين أن يقسم الخدمة بينهم أو يسكت عن ذلك، وهو نحو ما يأتي في رسم بع ولا نُقْصَانَ عليك من سماع عيسى من تفرقته بين أن يقول في تحبيسه على امرأته وعلى أم

ولده بينكما أو عليكما، وذلك كله خلافُ ما في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب في الذي أوصى في غنم له بأنها حبس على يتيمين ليسا من ورثته لهذا منها قطيع عليه يسميه، ولهذا منها قطيع عليه وقال: من مات منهما فلا حقّ له: إن من مات منهما رجع حظه على صاحبه.

فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال أحدها أن من مات منهما أو منهم إن كانوا جماعة رجع حظه على صاحبه أو على أصحابه جملة من غير تفصيل، والثاني أن حظه يرجع إلى المحبس ولا يرجع على صاحبه ولا على أصحابه جملة من غير تفضيل، والثالث الفرق بين أن يقسم الخدمة بينهما أو بينهم فيقول لهذا يوم ولهذا يوم أو يقسم الغنم بينهما أو بينهم لهذا منها قطيع بسهمه ولهذا منها قطيع بسهمه، أو يقول في تحبيسه حبست هذا الشيء بينكما أو بينكم أو يسكت عن ذلك كله، فلا يقسم الخدمة بينهما في الخادم ولا الغنم بينهما ولا يقول في تحبيسه الشيء هو بينكما أو بينكم ويقول هو عليكما أو عليكم، فإن قسم الخدمة بينهما أو الغنم أو قال في التحبيس بينكما ولم يقل عليكما رجع حظ الميت منهما إلى المحبس، وإن لم يقسم الخدمة بينهما ولا الغنم أو قال في التحبيس عليكما ولم يقل بينكما رجع حظ الميت منهما على صاحبه ولم يرجع إلى المحبس.

فإذا انقرضا جميعاً رجعت الخادِم إلى المحبس مالاً من ماله إن كان حياً أو إلى ورثته إن كان ميتاً وعلى قول مالك الثاني في المدونة ترجع الخادم بعد انفراضهما لأقرب الناس بالمحبس حُبساً ولا ترجع إليه ملكاً مطلقاً على ما قاله ابن القاسم في رسم استاذن من سماع عيسى من أن الدور والعبيد ترجع بمرجع الأحباس على أقرب الناس بالمحبس حبسا يريد على أحد قولي مالك في المدونة.

بخلاف الدنانير والدراهم إنها ترجع بانقراض المحبس عليه إلى المحبس ملكا لأن الدنانير والدراهم يضمنها المحبس عليه ويُكره تحبيسها، فلا ترجع بمرجع الأحباس، فالدور والعقار يجوز التحبيس فيها ولا يكره، فيلزم وينفذ على سنته ويرجع بمرجع الأحباس في الموضع الذي نصوا فيه على ذلك، وأما الحيوان فقيل إن التحبيس فيها جائز وهو مذهب أشهب وظاهر ما في المدونة، وقيل هو مكروه، وقيل يجوز في الخيل وحدها ويُكره فيما عداها من الدواب والأنعام والعبيد والإماء خاصة لما يرجى لهم من العتق، ويجوز فيما سوى ذلك من الحيوان، وهذا القولُ هو المنصوص عليه لمالك، فعلى القول بجواز الحبس في ذلك ينفذ الحبس فيها على

سنته ويرجع بمرجع الأحباس في الموضع الذي يرجع فيه العقار بمرجع الأحباس، وعلى القول بالكراهة لا يرجع بِمَرْجِعِ الأحباس ويكون لآخر العقب ملكاً إن كان الحبس معقباً وهو قول مالك في هذه الرواية: من حبس خادماً على أهل بيت لم يدخل عليهم أحد من غيرهم وكانت للآخر منهم، وإن لم يكن معقباً وكان على معينين لم ترجع بمرجع الأحباس وإن قال فيه حبساً صدقه لا تُبَاعُ ولا توهب ويرجع إلى المحبس ملكاً بعد انقراض المحبس عليهم، وهو قول مالك في رسم البز في الذي حبَّس جارية له على أخته وأمه صدقة لا تُباع ولا توهب ولا تورث وأيهما ماتت قبل صاحبتها رجعت على الباقية: إنَّ له أن يبتلها لأمه إذا ماتت أخته إذْ لو لم ترجع إليه بعد انقراض أمه ملكاً لما صح له أن يبتلها لها، وكذلك العروض والسلاح والزروع والثياب قيل تحبيسها جائز وقيل مكروه، فعلى القول بجواز تحبيسها ترجع بمرجع الأحباس في الموضع الذي يرجع فيه العقار بمرجع الأحباس، وعلى القول بكراهة تحبيسها لا ترجع بمرجع الأحباس وتكون لآخر العقب ملكاً أو ترجع إلى المحبس إن لم يكن الحبس معقباً وكان على معينين، وهذا الاختلاف كله إنما هو في التحبيس المعقب أو على النفر بأعيانهم، وأما تحبيس ذلك كله ليُنْتَفَع بعينه في السبيل أو ليجعل غَلَّةَ مَالَهُ غَلَّةٌ من ذلك بكراء وغيره موقوفة لإصلاح الطرق أو منافع المساجد أو لتفرق على المساكين أو ما أشبه ذلك، فلا اختلاف في جوازه ما عدا العبيد والإماء، فإن ذلك يكره فيهما لما فيه من التضييق عليهما من أجل ما يُرجى لهما من العتق، فإن وقع وفاتَ نفذ ومضى، وما لم يفت استحب لمحبسه أن يصرفه إلى ما هو أفضل منه. وأما الدنانير والدراهم وما لا يعرف بعينه إذا غيب عليه فالتحبيس مكروه، فإن وقع كان لآخر العقب ملكاً إن كان معقباً، وإن لم يكن معقباً وكان لمعينين رجع إليه بعد انقراض المحبس عليهم، والفرقُ بين العقار وبين ما سواه عند من يكره تحبيسه أن ما عدى العقار لم يأت فيه عمل يرده على العقب، فوجب رجوعه إليه بانقراض المحبس عليهم أو كونه لآخر العقب ملكاً ومن أجازه قاسه على العقار وبالله التوفيق.

فهذا وجه القول في هذه المسألة، وقد رأيتُ لابن دحون فيها كلاماً غير محصل، قال: أجاز مالك في الحيوان خاصة أن يبيع للآخر منهم إن بتله له إذا حبسه على أهل بيت أو على قوم مفترقين مجهولين، فإن كانوا معلومين رجع نصيب من مات منهم إلى الذي حبس ذلك، وقيل عنه يرجع إلى أصحابه، وذلك غير صحيح، إذ لا فرق بين الحيوان وغيره في أن الآخر منهم له أن يبيع ما حبس عليهم إذا بُتل له وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: وسمعت مالك قال: من حبس حبساً صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث على نفر ما عاشوا، ثم هلك الذين حبس عليهم وانقرضوا قال: يَرْجِعُ إلى عَصَبَةِ المحبس ويدخل معهم النساء في السكنى إن كان سكنى أو في الغلة إن كانت غلة، قال ابن القاسم: يريد البنات والأخوات والأمهات والجدات والعمات ولا يدخل في ذلك الزوجات ويبدأ بالأقرب فالأقرب في ذلك.

قال محمد بن رشد: قولُه من حبس حبساً صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث على نفر ما عاشوا ثم هلك الذين حبس عليهم وانقرضوا: إن ذلك يرجع بمرجع الأحباس إلى عصبة المحبس، يريد ولا ترجع إلى المحبس ملكاً مطلقاً، هو نص قول مالك في المدونة، وحكى ابنُ القاسم عنه فيها أن قوله لَمْ يختلف فيه، وليس ذلك بصحيح، قد روى ابنُ عبد الحكم عن مالك في كتابه أنه ترجع إليه ملكاً مطلقاً بعد موت المحبس عليه وإن قال حبساً صدقة إذا كان على معين، وهو قولُ ابن وهب في رسم الوصايا والأقضية من سماع أصبغ أنه ترجع إليه ملكاً مطلقاً إذا حبس على معين وإن قال في حبسه لا تُباع ولا توهب لاحتمال قوله لا تُباع ولا توهب حياة المحبَّس عليه، كما يحتمل قوله أيضاً صدقة صدقة الغلة عليه حياته.

وأما قوله: ويدخل معهم النساء في السكنى إن كان سكنى أو في الغلة إذا كانت غلة، ففي ذلك اختلاف يتحصل فيه ثلاثة أقوال أحدها أنه يدخل فيه من أهل بيت المحبس من النساء من يرث منهن وهن البنات وبنات الأبناء وإن سَفُلُوا، والأخوات الشقائق واللواتي لأب ومن لو كان رجلا منهن وَرِثَ وهن العمات وبناتُ الأخ وبناتُ ابن الأخ وبناتُ العَمّ وبناتُ ابن العم وبنات المولى المعتق، وهو الذي يأتي على قول ابن القاسم في هذه الرواية، والقول الثاني أنه لا يدخل فيه من أهل بيت المحبس من النساء إلَّا من ترث منهن خاصة، وهن البنات وبنات الأبناء والأخوات الشقائق واللواتي لأب، وهو قول ابن القاسم في سماع سحنون، والقول الثالث أنه لا يدخل فيه أحد من النساء وإنما مرجع الحُبُس إلى العصبة من الرجال وهو الذي في سماع اصبغ أراه لابن وهب، ولا يدخل الأبْعَدُ مع الأقرب من الرجال أو النساء إلا فيما فضل عنه أو عنها، وإذا كان الرجال والنساء في درجة واحدة فهم فيه شَرَعٌ سواء للذكر منهم مثل حظ الأنثى، واختلف أيضاً هل تدخل فيه الأمهات والجدات، فقيل إنهن يدخلن فيه لأنهن من قرابة المحبس، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية، وقيل إنهن لا يدخلن

فيه لأنهن ليس من حرم نسب المحبس، وهو قول مالك في رواية أشهب عنه ومذهب عبد الملك بن الماجشون وقيل: تدخل الأم ولا تدخل الجدة، وهو قول ابن القاسم في رسم نقدها من سماع عيسى بعد هذا على ما تأوله بعضُ أهل النظر في الرواية حسبما نذكره إن شاء الله، وقيل تدخل الجدة للأب ولا تدخل الجدة للأم، وهو قول ابن القاسم في الواضحة، ولا اختلاف في أنه لا يدخل فيه من النساء الأخوات للأم ولا الخالات ولا بنات البنات ولا بنات الأخوات، ولا يدخل فيه أيضاً الإخوة للأم ولا بنو البنات ولا بنو الأخوات، وسنذكر في سماع سحنون إن شاء الله الاختلاف فيمن يرجع إليه الحبس من قرابة المحبس هل يختص بذلك الفقراء منهم دون الأغنياء أو يدخل معهم فيه الأغنياء إذا لم يكن أصلُ الحبس على الفقراء وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: وسمعت مالكاً قال من حبس حُبُساً على آلِ فلان فإنها حبس على آله ما بقي منهم أحد لأبنائهم وأبناء أبنائهم، وإن سمى قوماً بأعيانهم فإنها ترجع بعدهم إلى أقرب الناس به حبساً على ما وضعه، قال ابن القاسم: آله وأهلُه سَوَاءٌ، هُم العصبة والأخوات والبنات والعمات ولا أرى ذلك للخالات.

قال محمد بن رشد: قولُ ابن القاسم آلهُ وأهلُه سَوَاء، هُم العصبة والأخوات والبنات والعمات ولا أرى ذلك للخالات مفسر لِقول مالك، فَصَوَابُه في التأليف أن يكون متصلاً به، وفصل العتبي بينهما بقوله: وإن سمى قوماً بأعيانهم إلى آخر قوله تقصير في التأليف والآل والأهل سواء كما قال ابن القاسم إلَّا أن الآل إنما يستعمل في الرجل الكبير الذي له العشيرة بالأبناء الرجال والنساء من قبل أبيه الذين يعرف نسبُهم منه وتقوم به الشهادات وتثبت به المواريث فيمن يرث منهم.

وقولُه: ولا أرى ذلك للخالات ظاهرهُ وإن لم يبق من قرابته من قِبَلِ أبيه أحدٌ فلا دخول في ذلك لقرابته من قبل أُمه، وهو قول أبي زيد بن أبي الغمر إن الرجل إذا أوصى لقرابته أو لأهله إنه لا يدخل في ذلك أحد من قبل أُمه خال ولا خالة وإن لم يبق من قرابته أحدٌ سواهم.

وأما إذا لم يكن له حين أوصى أو حين حبس قرابة من قبل أبيه فيكون الحبس أو الوصية لقرابته من قبل أُمه على ما قاله مالك في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب الوصايا في الذي أوصى لقرابته إن الوصية تكون لقرابته من قبل أبيه إلَّا ألَّا يكونَ له قرابة من قبل أبيه فيكون لقرابته من قبل أمه، والنساء والرجال فيه شَرَعُ سواء، واستحب

أشهب في الرسم المذكور أن تدخل في ذلك قرابتُه من قبل الرجال والنساء لأبيه وأمه، وفي هذا خارج المذهب اختلاف كثير قد ذكره الطحاوي ورجح منه ما حكيناه على المذهب من أن الوصية والحبس يكونان لمن جمعه والمُوصي لأهله أو المحبِّس على أهله أب واحد في الجاهلية أو الإسلام ببينة تقوم على ذلك.

وقوله في الرواية وإن سمى قوماً بأعيانهم فإنها ترجع بعدهم إلى أقرب الناس به حبساً على ما وضعه، هو مثل أحد قولي مالك في المدونة، والقولُ الثاني إنها ترجع إليه ملكاً مطلقاً أو إلى ورثته يوم مات إن كان مات قبل أن ينقرض المحبَّس عليهم بأعيانهم.

وذهب محمد بن المواز إلى أنه إذا حبس على معين وقال حياته أو أجل أجلاً خرجت المسألة من الاختلاف، واعترض ذلك أبو إسحاق التونسي وقال: لا فرق بين أن يقول حياتَه أو يسكت عن ذلك، لأن ذلك مفهوم من إرادته وإن سكت عنه، ألا تَرى أنه لو حبس على غير معينين وقال حياتهم لم يكن لذكر ذلك تأثير ولَوَجب أن يرجع الحبس بعد انقراض المحبس عليهم إلى أقرب الناس بالمحبس حبساً، وهذا الذي قاله هو مذهب أصبغ، وأما مذهب مطرف فعنده أنه إذا عقِّب الحبس وقال مع ذلك ما عاشوا أنها حبس عليه وعلى عقبه ما عاشوا، فإذا انقرض عقبه رجعت إلى صاحبها إن كان حياً يبيع ويصنع ما شاء، وإلى ورثته من بعده، وعندي أنه لا فرق بين الموضعين فإذا قال ما عاشوا في المعينين أو في الحبس المعقب رجعت إلى المحبس ملكاً عند ابن المواز ومطرف، وإذا سكت عن ذلك رجع الحبس المعقب إلى أقرب الناس بالمحبس، وكذلك غير المعقب على أحد قولي مالك على مذهب أصبغ لا فرق بين أن يقولوا ما عاشوا أو يسكت عن ذلك في المسألتين جميعاً يرجع الحبس المعقب إلى أقرب الناس بالمحبس، وغيرُ المعقب يجري على اختلاف قول مالك بين هذا، ويدل على صحته ما وقع في رسم يسلف بعد هذا من أنه إذا حبس على أجنبي حياته يرجع الحبس بموت المحبس عليه إلى أقرب الناس بالمحبس يوم يرجع.

فيتحصل في الحبس على المعينين ثلاثة أقوال: قولان وتفرقة بين أن يقول حياتَهم وبين أن يسكت عن ذلك، وفي الحبس المعقب قولان إذا قال حياتهم، ولا اختلاف إذا لم يقل حياتهم إنه يرجع بمرجع الأحباس، وأما إذا ضرب أَجَلاً فلا اختلاف عندي في أنها ترجع إليه أو إلى ورثته بعد الأجل ملكاً مطلقاً، وقد ذهب أبو إسحاق التونسي إلى أنه لا فرق بين أن يقول حياتَه أو يضرب أجلاً، والفرق بينهما عندي بين، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك من حبس داراً في سبيل الله أو سلاحاً أو دابة فأنفذ ذلك في تلك الوجوه زماناً ثم أراد أن ينتفِع به مع الناس، قال: إن كان ذلك من حاجة فلا أرى بذلك بأساً.

قال محمد بن رشد: قوله ثم أراد أن ينتفع به مع الناس معناه ينتفع به فيما سَبَّله فيه من السبيل، لا فيما سِوى ذلك من منافعه، فلهذا لم يَرَ بذلك بأساً إذا فعل ذلك من حاجة، لأن الاختيار فيما جُعِلَ في السبيل ألا يُعطي فيه إلَّا لأهل الحاجة إليه، فإذا احتاج إليه في السبيل فاستعمله فيه لم يكن ذلك رجوعاً منه فيما حبسه ولا عوداً منه في صدقته، والله أعلم.

مسألة:

قال مالك: ومن حبس على أحد حبساً وقال هي لك حياتي ثم هي في سبيل الله أو صدقة فإذا مات فهي في ثلثه. قال محمد بن رشد: قد روى عن أشهب في هذا الأصل خلافُ هذا أنه يرى أن ذلك عنده من رأس المالِ، لأنه لَا يَرْجِع إليه ولا لورثته من بعده شيء منه أبداً، قاله ابن المواز، وقال ابن عبد الحكم عن أشهب وابن القاسم مثلَ قول مالك، وقال ابنُ لبابة إنما يكون من الثلث إن مات المحبَّس عليه قبل المحبس، وإما إن مات المحبس قبل موت المحبس عليه فهي من رأس المال لأنه قد بتلها في صحته فإنما ترجع إلى المتصدق عليه أو إلى السبيل من ملك المحبس عليه لا من ملكه، وجه قول مالك: إن ذلك يكون بعد موته من ثلثه صدقة على فلان أو في سبيل الله هو أن ذلك لم يبتل بَعْدُ للمتصدق عليه ولا في السبيل، وإن المحبس عليه إنما يستغله أو يسكنه طول حياة المحبس على ملكه، فإذا مات نفذ من ثلثه في الصدقة أو السبيل، فلو تَدَايَنَ على قياس هذا القول لَوجب أن يُباع في دينه، ووجه القول بأن ذلك يكون من رأس المال هو أن الحبس لما كان لا رجوع له إلى المحبس ولا إلى ورثته على حال من الأحوال كان كأنه قد انْبَتَّ منه وحصل ملكاً للمتصدق عليه أو مبتولاً للسبيل، والمحبَّس عليه إنما يستغله أو يسكنه على ملك من إليه المرجع.

وعلى هذا الأصل اختلف قولُ مالك في الرجل يُخْدِمُ عبده رجلاً سنين ومرجعه لآخر فيُقتَل العبدُ أو يجْرَحُ أو يموت وله مال، هل يكون عقله إن قتل وأرش جرحه إن جرح أو ماله إن مات لسيده الذي أخدمه أو للذي له المرجع، وقع اختلاف قولُ مالك في هذا في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الجنايات، واختلف قول ابن القاسم

في ذلك أيضاً فأشار في رسم العتق من الكتاب المذكور أن ذلك لسيده الأول، وله مثلُ ذلك في رسم القضاء العاشر من سماع أصبغ من كتاب الخدمة، وخلافه مثلُ قول مالك الآخر في رسم يشتري الدور والمزارع من سماع يحيى من كتاب الخدمة أيضاً وعلى هذا الأصل اختلف أيضاً في الرجل يُخدِمُ عبده رجلاً سنة ثم هو له بعد السنة هل يباع قبل تمام السنة في دينه أم لا؟ فقال في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الخدمة إنه لا يباع في دينه حتى تنقضي السنة وتجب له، وخالف في ذلك ابن حبيب فقال: إنه يباع في دينه ولا ينتظر به انقضاء الخدمة، وحكاه عن مطرف وقال هذا ما لا شك فيه عندنا ولا اختلاف، فلكلي القولين في مسألتنا وجه من النظر، والأظهر منها ما قاله مالك من أنه يكون من الثلث ولو لم يجز الحبس عن المحبس حتى مات وهو بيده لكان من ثلثه في السبيل أو الصدقة قولاً واحداً على ما قاله في رسم الوصايا من سماع أصبغ، وأما قول ابن لبابة في تفرقته بين أن يموت المحبس عليه قبل المحبس أو بعده فتفرقةٌ لا وَجْهَ لها في النظر، لأن المحبس عليه إن مات قبل المحبس لا يرجع الحبس إليه، وإنما يكون لورثة المحبس عليه إلى أن يموت المحبس، فلا فرق بين أن يموت قبله أو بعده في كونه من رأس المال أو من الثلث وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك من أوصى بوصية لبعض ورثته دون بعض ثم جعلها من بعدهم لغيرهم فهي على سائر الورثة الزوجة والأم ومن لم يوص له بشيء يدخلون معهم فيأخذون قدرَ ما يصيبهم من الميراث، فإذا هلك رجل من الورثة الذين أوصى لهم صار نصيبه لولده وخرج نصيب الأم والزوجة والأخت من ذلك وثبت في غيره في حظوظ أعيان الولد حتى ينقرض آخرهم، فإذا انقرض أعيان الولد الذين أوصى لهم سقط نصيب الزوجة والأم، فإن هلكت الزوجةُ والأم دخل من يرثهما مكانَهما في الميراث مع الولد، فإذا هلك الولد ورثه ولده وانقطع ميراث الأم والزوجة وميراث من ورثهم إن كانوا قد هلكوا.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أنه أوصى لبعض ورثته دون بعض بحُبُسٍ تجري عليهم غلته بدليل قوله ثم جعلها من بعدهم لغيرهم، إذ لو أوصى لبعض ورثته دون بعض بوصية قال لم يصح أن يكون لغيرهم من بعدهم، ولوجب إن لم يُجِزْ ذلك سائرُ الورثة أن يبطل ويرجع ميراثاً بين جميعهم، ولم يكن في ذلك كلام ولا إشكال.

وتنزيلُ المسألة على المعنى الذي أراده أن يكون الموصِي قد ترك من الورثة أربعة بنين وابنة وزوجة وأُمًّا وأوصى أن يحبس على الذكران من أَوْلَادِهِ ثم على أولادهم من بعدهم حُبُساً له غلة يكون موقوفاً عليهم، فلم يجز ذلك سائر الورثة الذين لم يوص لهم، وهم الزوجة والأم والأخت أنهم يدخلون مع الموصي لهم في غلة الحبس فيقتسمونها بينهم على سبيل الميراث، وذلك الذي أراد بقوله، فهي على سائر الورثة الزوجة والأم ومن لم يوص له بشيء يدخلون معهم، فيأخذون قدر ما يصيبهم من الميراث.

وقوله بعد ذلك فإذا هلك رجل من الورثة الذين أوصى لهم صار نصيبُه لولده وخرج نصيب الأم والأخت والزوجة من ذلك، يريد صار نصيبه كاملاً لولده دون أن تأخذ منه الأم والأخت والزوجة شيئاً وهو الربع، لأن المحبَّس عليهم أربعة فإذا توفي أحدهم صار الربع كاملاً لولده لأنهم غير ورثة فلا تدخل عليهم فيه الزوجة ولا الأم ولا الأخت.

وقولُه وثبت في غيره من حظوظ أعيان الولد حتى ينقرضوا يريد أن الثلاثة الأرباع يدخل فيها مع الإخوة الثلاثة الباقين لأنهم ورثة الأم والزوجة والأخت، فيكون ذلك بينهم على فرائض الله.

وقوله حتى ينقرض آخرهم يريد أن يُعمل في موت من مات منهم بعد الأول ما عُمِل في موت الأول من أن يكون الربعُ الثاني لولده لأنهم غير ورثة فلا تدخل عليهم فيه الزوجة ولا الأم ولا الأخت، وكذا إذا مات الثالث وكذلك إذا مات الرابع وهو آخرهم يصير الربعُ لولده كاملاً لأنهم غير ورثة ويسقط نصيبُ الزوجة والأم يريد والأخت جملة فلا يكون لهن شيء.

وقوله فإن هلكت الزوجة والأم يريد أو الأخت دخل من يرثهما مكانهما في الميراث مع الولد يريد معهم كلهم في جميع الغلة أو مع من بقي منهم في حظه منها وهو الربع لأنهم أربعة على التنزيل الذي لنا عليه المسألة، فإذا انقرضوا كلهم رجع الحبس إلى أولادهم لأنهم غير ورثة ولم يكن لمن لم يوص له من الورثة في ذلك حجة ولا كلام، لأن الحبس قد صار إلى غير ورثة، فهذا بيان هذه المسألة وفيها معنى ينبغي أن يوقف عليه وهو قوله فيها فإن هلك رجل من الورثة الذين أوصى لهم صار نصيبه لولده وهو قد حبس عليهم ثم على أولادهم من بعدهم إذ لا يقتضي قوله: ثم على أولادهم من بعدهم ألَّا يدخل ولو من مات منهم في الحبس حتى يموتوا كلهم،

لأن قوله ثم على أولادهم من بعدهم يحتمل أن يريد به ثم على أعقابهم من بعد انقراض جميعهم، وأن يريد به ثم على أعقاب من انقرض منهم إلى أن ينقرض منهم إلى أن ينقرض جميعهم لاحتمال اللفظ للوجهين جميعاً احتمالاً واحداً، وكذلك كل ما كان على صيغته من الألفاظ عَطْفَ جمع على جمْع بحرف ثُمَّ يجوز أن يعبر به عن كل واحد من الوجهين، وذلك بين من قوله تعالى: ﴿كَيْفَ تَكْفُرُون بِاللهِ وكُنْتُمْ أَمْوَاتاً فأحياكم ثُمَّ يُمِيتُكُمْ ثُمَّ يُحْيِيكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨] لأنه قد علم أنه أراد بقوله عزْ وجل فأحياكم ثم يميتكم أنه أمات كل واحد منهم بعد أن أحياه قبل أن يحيي بقيتهم وأنه أراد عزْ وجل ثم يحييكم أنه لا يحيي منهم أحداً حتى يُميت جميعَهم والصيغة في الفصلين واحدة فلولا أن كلِ واحدة منهما محتملة للوجهين لما صح أن يريد بالواحدة غيرَ مراده بالأخرى، وهذا أَبْيَنُ من أن يخفى، فإذا كان قولُه ثم على أولادهم محتملاً للوجهين وجب أن يكون حظ من مات منهم لولده، ولا يرجع إلى إخوته لأن ما هلك عنه الرجل فولده أحق به من إخوته، فترجِّح بذلك أحدُ الاحتمالين في اللفظ، لأن الأظهر من قصد المحبس وإرادته أن يكون ذلك بينهم على سبيل الميراث فقال ثم على أعقابهم ألَّا يدخل الولدُ مع والده في الحبس حتى يموت، ولو أراد ألا يدخل في الحبس حتى يموت والدُه وجميع أعمامه المحبس عليهم مع والده لقال ثم على أولادهم من بعد انقراض جميعهم، فلا اختلاف أعلمه في هذه المسألة نصاً، وقد وقع لابن الماجشون في الواضحة ما ظاهره خلافُ هذا، وهو محتمل للتأويل، وقد ذهب بعضُ فقهاء زماننا إلى أن الولد لا يدخل في الحبس بهذا اللفظ حتى يموت والده وجميع أعمامه وقال إن لفظة ثم يقتضي التعقيب في اللسان العربي دون خلاف، فلا ينبغي أن يختلف إذا قال ثم على أولادهم في أنه لا يدخل أحدٌ من الأولاد في الحبس إلَّا بعد انقراض جميع الأب، وتعلق بظاهر قول ابن الماجشون في الواضحة، ولا تعلق له فيه لاحتماله التأويل فقوله خَطَأٌ صرَاحٌ بما بيناه.

وإنما يختلف في المذهب إذا حبس على جماعة معينين ثم صرف الحبس من بعدهم إلى من سِوَى أولادهم من وجه آخر يجعل مرجع الحبس إليه بعدهم على ثلاثة أقوال تقوم من المدونة فيمن حبس حائطه على قوم بأعيانهم فمات بعضهم وفي الحائط ثمرة لم تؤبر، أحدها أن حظ الميت منهم يرجع إلى الوجه الذي جعل مرجع الحبس إليه بعدهم، وذلك على قياس قوله في مسألة المدونة إن حظ الميت منهم يرجع إلى المحبس والقول الثاني أن حظ الميت منهم يرجع إلى بقيتهم، وذلك على

قياس قوله في المدونة إن حظ الميت منهم يرجع على بقيتهم، والقول الثالث أنه إن كان الحبس مما تقسم غلته كالثمرة والخراج رجع حظ الميت منهم إلى الوجه الذي جعل مرجع الحبس إليه بعدهم، وإن كان مما لا تقسم غلته عليهم كالعبد يَخْتَدِمُونَهُ والدار يسكنونها أو الحائط يَلُونَ عَمَله رجع نصيب الميت منهم إلى بقيتهم، وذلك على قياس مَا رواه الرواة عن مالك وأخذوا به حاشى ابن القاسم من التفرقة بين الوجهين، وقد حكى عبدُ الوهاب في المعونة أن الاختلافَ في هذه المسألة إنما هو فيما يقسم كالغلة والثمرة، وأنه لا اختلاف فيما لا يقسم كالعبد يُخْتَدَمُ والدار تسكن، وليس ذلك بصحيح على ما بيناه وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك: من حبس حبساً على مَوَالِيهِ ولهم أولاد وله مَوَالِي لبعض أقاربه رجع إليه وَلَاؤُهُمْ، قال لا يكون الحبس إلَّا لِمَوَالِيهِ الذين أعتق، وأولادهم يدخلون مع آبائهم في الحبس لأنهم مواليه إلَّا أن يخصهم بتسمية، قال ابن القاسم: وسمعت مالكاً قال بعد ذلك: أرى موالي الأب والابن يدخلون مع مواليه وُيبَدَّأُ بالأقرب فالأقرب من ذوي الحاجة إلَّا أن يكون الأَبَاعِدُ أَحْوَجَ فيؤثرون وهذا قول مالك، وهو أَحَبُّ ما فيه إليّ.

قال محمد بن رشد: كذا وقع في رواية ابن لبابة وله مَوالي لبعض أقاربه رجع إليه وَلاؤُهم، وفي رواية أبي صالح يرجع إليه ولاؤهم، والصواب رجع إليه ولاؤهم لأن من لم يرجع إليه ولاؤهم فليسوا بموالي له، فقوله بعد ذلك أرى موالي الأب والابن يريد والأخ على ما قال في سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا يدخلون مع مواليه معناه إذا كان ولاؤهم قد رجع إليه وكذلك قال أصبغ في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب الوَصَايَا في الوصية: وهذا إذا كان ولاؤهم قد رجع إلى هذا الموصي فأما إذا لم يكن ولاؤهم قد رجع إليه فلا يدخلون في وصية، وفي المجموعة مثلُ قول مالك الثاني قال غير ابن القاسم في الحبس على الموالي: إنه يدخل فيه موالي ولد الولد والأجداد والأم والجدة يريد الجدة أم الأب وأم الجد لا أم الأم ولا أم أم الابن لأن النساء لا يرثن الوَلَاءَ، قال والأخوة، ولا يدخل فيه موالي بني الأُخوة والعمومة قال: ولو أدخلت موالي هؤلاء أدخلت موالي القبيلة، وقد قيل إنه يدخل فيه من موالي قرابته كل من لو مات لَوَرِثَهُ وهو القايس على قول مالك الثاني وعلى ما قاله غير ابن القاسم في المجموعة من أنه يدخل فيه موالي الآباء والأبناء والإخوة، ولا يلزم

ما قال من أنه لو أدخل موالي بني الإخوة والعمومة لأدخل موالي القبيلة، كما لا يلزم إذا ورث بنو الأخ والعمومة أين يرث جميع القبيلة، لأن الميراث لا يكون إلَّا مع ثبوت النسب وكذلك الولاء.

وظاهر قول ابن وهب في سماع أصبغ من كتاب الوصايا أنه لا يدخل في وصية الموصي لمواليه إلَّا موالي عتاقته، وكذلك الحبس على قوله لا يدخل فيه أولادُ مواليه ولا موالي مواليه ويدخلون فيه على مذهب مالك، قاله في هذه الرواية في أولاد مواليهم، وقاله في رسم الشريكين بعد هذا السماع في موالي مواليه، ومثلُه لعلي في المجموعة.

فيتحصل في المسألة أربعةُ أقوال أحدها أنه لا يدخل في ذلك إلَّا موالي عتاقته خاصة والثاني أنه يدخل في ذلك موالي عتاقته وأولادهم ومواليهم، والثالث أنه يدخل في ذلك موالي عتاقته وأولادهم ومواليهم وموالي أبيه وجده وولده وولد ولده وإخوته؛ والرابع أنه يدخل فيه موالي عتاقته وأولادهم ومواليهم وموالي أبيه وابنه وجده وجميع عصبته، ولا يدخل فيه على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك مع الموالي الأسفلين الذين أنعم عليهم الموالي الأعلون الذين أنعموا عليه، هذا منصوص في الوصايا من المدونة، وأشهب يرى أنهم يدخلون معهم ويُقسم الثلث أو الحبس بينهم بنصفين إن كان هؤلاء ثلاثة فأكثر، وهؤلاء ثلاثة فأكثر، وإن كان عدد هؤلاء ثلاثة وعدد هؤلاء عشرة فالثلث بينهم بنصفين كمال تدعيه طائفتان فيقسم بينهما بنصفين، وإن كان عدد الطائفة الواحدة أكثر عدداً من الطائفة الأخرى فإن كان عدد أحدهما أقل من ثلاثة وعدد الآخر ثلاثة فأكثر فالثلث أو الحبس للذين عددهم ثلاثة فأكثر ولا شيء للذين عددهم أقل من ثلاثة لأنه إنما أوصى لجماعة فلا يكون للذين أقل من ثلاثة شيء، وإن كان عدد هؤلاء أقل من ثلاثة وعدد هؤلاء أقل من ثلاثة كان الثلث أو الحبس بينهما بنصفين لأنه إنما أوصى لجماعة وهي لا تجتمع إلَّا من الطائفين، فيقسم ذلك بينهم جميعاً على عددهم، وهذا مذهب أشهب، ولو قال قائل إنه يقسم بينهم جميعاً على عددهم ما كانوا إن استووا في الحاجة لكان قولاً له وجه، لأنه إذا احتمل أن يريد الذين من فوق والذين من أسفل احتمل أن يريدهم جميعاً، لأن كل واحد منهم ينطلق عليه اسم مولى، فهذا أظهر من قول أشهب وأولى.

ومن أهل العلم خارج المذهب من يرى أن يقرع بينهما، ومنهم من يرى أن الوصية باطل إذْ لا يُعلم من أراد الموصِي منهما، فيتحصل في المسألة خمسة أقوال لا

وجه لقول منها إلَّا ما غلب على ظن قائله من أن المحبس أو الموصي قصده وأراده بعرف أو عادة أو ظاهر مقتضى التسمية، وهذا إذا لم يكن ثَمَّ دَليل على أنه أراد الأعلى دون الأسفل أو الأسفل دون الأعلى مثل أن يكون أهل أحدهما أغنياء وأهل الثاني فقراء فيعلم أنه إنما قصد بوصيته إلى الفقراء دون الأغنياء كانوا من فوق أو من أسفل ومن دخل معهم على قول كل قائل فيبدأ منهم الأقرب على الأبعد إلا أن يكون الأبعد أحوج كما قال في الرواية، وقد قيل إنه لا يفضل الأقرب على الأبعد وهو ظاهر ما يأتي في رسم الشريكين بعد هذا كما قيل، لأنه لا يفضل الولد على ولد الولد، وفي هذا تفصيل واختلاف سنخلصه فيما يأتي في آخر هذا الرسم إن شاء الله وبه التوفيق.

مسألة:

وقال مالك: من أسكن ولده وولد ولده داراً واستخلف عليها ولداً لولده كبيراً ليحوزَهَا لنفسه ومن سماها له معه، ثم إن الابن أسكن أباه الدار، قال: إن كان أسكنه بيتاً في الدار فذلك جائز، وإن كان أسكنه الدار كلها فليس بجائز، وهي ترد في الميراث، قال ابن القاسم: وذلك رأيي، قال: وأخبرني مالك عن زيد بن ثابت وابن عمر مثل ذلك، قال ابن القاسم قال مالك: حبس عمر وعلي وزيد وابن عمر.

قال محمد بن رشد: قوله إن كان أسكنه بيتاً في الدار فذلك جائز معناه إن كان البيت يقع في ثلث الدار فاقل، وأما قوله وإن كان أسكنه الدار كلها فليس بجائز وهي ترد في الميراث فذلك ما لا اختلاف فيه وإنما يختلف إن كان أسكنه جلها أو ما هو أكثر من الثلث منها، لأن حيازة الكبير للصغار ولنفسه كحيازته لنفسه لو كان هو المحبَّس عليه وحده، فالمنصوص عليه لابن القاسم وأصبغ في الواضحة أن ما حازه الكبار لأنفسهم يجوز وإن كان الذي سكن الأب من الدار هو الأكثر، وفي آخر كتاب الرهون من المدونة في بعض الروايات أن الكل يبطل إذا سكن الأب الأكثر من الدار سواء حاز الأب البقية للصغار أو حازه الكبار لأنفسهم، ومثلُه لابن القاسم في رسم إن خرجت بعد هذا من هذا الكتاب، وأما الدور إذا سكن الأب أكثرها وحاز الكبار لأنفسهم بقيتها فيجوز لهم ما حازوه على ما قاله ابن القاسم في رسم إن خرجت من سماع عيسى، ولا أعرف في ذلك نص خلاف.

وفرق أصبغ ما بين الدار والدور فقال في الدور إن كل دار منها صغرت أو كبرت تصير كأنها محبسة على حدة، فإن سكن الأب جلها أو أكثر من الثلث منها بطل الحبس فيها كلها إن كان الأب هو الحائز لبقيتها، وإن كان الكبار هم الحائزون لبقيتها

جاز لهم ما حازوه منها، وأما ما سواها من الدور فيجوز الحبس فيما حازه الأب للصغار أو حازه الكبار لأنفسهم، ومذهب ابن القاسم في الدور أن الأب إذا سكن الجل منها بطل الباقي إن كان الأب هو الحائز له، وجاز للكبار إن حازُوه لأنفسهم، والحبسُ والهبةُ والصدقةُ في ذلك كله سواءٌ على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك، وَفَرقَ مطرف وابن الماجشون بين الهبة والصدقة وبين الحبس فقال في الحبس إذا كان هو الحائز له كقول ابن القاسم في أن سكناه اليسير منه لا يُبطل الحبسَ لماله من العذر في سكناه ليكون بإزائه لعمارته وإصلاحه وتسكينه، وقال في الهبة والصدقة وفي الحبس إذا لم يكن هو الحائز له إما بأن يكون الحبس على من يَحُوز لنفسه وإما بأن يكون على من يحوز له فأسند حيازته إلى غيره إن ما سكن يبطل وما لم يسكن يجوز من غير تفصيل بين دار أو دور أو سكنى يسير أو كثير، فهذا تحصيل القول في هذه المسألة وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم وسمعت مالكاً قال في قوم حبست عليهم دارٌ فخربت فأرادوا بيعها وابتياع دُونِهَا إن ذلك لا يجوز لهم، وأما الفرس يكلب أو يخبث فإنه يباع ويشترى بثمنه فرس يحبس مكانه.

قال محمد بن رشد: هذا هو مذهب ما في المدونة أن الرِّبْعَ الحُبُسَ لا يباع بأن خشي عليه الخراب، ومثله في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من كتاب جَامِع البيوع، بخلاف ما بلى من الثياب وضعف من الدواب، والفرق بين ذلك أن الربع وإن خرب فلا تذهب البقعة ويمكن أن يعاد إلى حاله، وابن الماجشون يرى ألَّا يُبَاعَ شيء من ذلك كله وهو قول غير ابن القاسم في المدونة، وروى عن ربيعة أن الإمام يبيع الرِّبْعَ إذا رأى ذلك لِخَرَابِه كالدواب والثياب، وهو قول مالك في إحدى روايتي أبي الفرج عنه، قال لا يباع الربع المحبس، وقال في موضع آخر إلَّا أن يخرب والله الموفق.

مسألة:

قال مالك من حبس حبساً على ذكور ولده وأخرج الإناث منه إذا تزوجن فإني لا أرى ذلك جائزا وإنه من أمر الجاهلية، وليس على هذا توضع الصدقات لله وما يُرَادُ به وجهه إلَّا ما تصدق به رجل وجعله بعد انقراض ولده في سبيل من سبيل الخير.

قال ابنُ القاسم: فقلت لمالك: أفترى لمن حبس حبساً وأخرج بناته منه إذا تزوجن

أن يبطل ذلك ويسجل الحبس؟ قال: نعم وذلك وجه الشأن فيه، قال ابن القاسم: ولكن إذا فات ذلك فهو على ما حبس قال ابن القاسم: إن كان المحبس حياً ولم يُحَز الحبسُ فأرى أن يفسخه ويدخل فيه الإناث، وإن كان قد حيز أو مات فهو فوت، وهو على ما جعله عليه.

قال محمد بن رشد: ظاهر قول مالك هذا أَن الحبس لا يجوز ويبطل على كل حال خلافُ مذهب ابن القاسم في أنه يمضي إذا فات ولا ينقض، وفوت الحبس عنده أن يحاز عن المحبس على ما قاله في هذه الرواية، فرأى للمحبس ما لم يُحَز الحبس عنه أن يُبْطِلَ الحبَس ويُدْخل الإناث فيه ظاهر قوله وإن كره ذلك المحبس عليهم مُرَاعاة لقول من يقول إن الصدقات والهبات والأحباس لا تلزم ولا يجب الحكم بها حتى تقبض، وقد رُوي عن مالك أن ذلك مكروه من العمل، فعلى قوله هذا لا يفسخ الحبس إلَّا أن يرضى المحبس عليهم بفسخه وهم كبار، وذهب محمد بن المواز إلى أن ذلك ليس باختلاف من قول مالك فقال إنما يفعل ما قال مالك من فسخ الحبس وأن يجعله مسجلاً إنما ذلك ما لم يَأبَ عليه من حُبس عليهم، فإن أَبَوْا لم يجز له فسخه ويقر على ما حبس وإن كان حياً إلَّا أن يرضوا له برده وهم كبار، قال مالك: إن لم يخاصم فليرد الحبس حتى يجعله على صواب، ظاهرهُ وإن كان لم يُحَزْ عنه، وهو على قياس القول بأن ذلك عنده مكروه من الفعل، وقال ابن القاسم وإن خوصم فليقره على حاله، ومعنى ذلك على مذهب والله أعلم إذا كان قد حيز عنه وهو الذي ذهبت إليه من التأويل في هذه المسألة على ابن القاسم من أنه فرق في فسخ الحبس بين أن يحاز عنه أو لا يحاز هو ظاهر قوله في هذه الرواية إن كان المحبس حياً ولم يحز الحبس فأرى أن يفسخه ويدخل فيه الإناث، وإن كان قد حيز أو مات يريد أو مات بعد أن حيز فهو فوت، وهو على ما جعله عليه، وقد تأول على ما حكاه محمد بن المواز عن مالك وابن القاسم أنه ليس له أن يفسخ الحبس وإن كان لم يحز عنه إلَّا بإذن المحبس عليهم ورضاهم، وقد تأول أيضاً أن له أن يفسخه وإن كان قد حيز عنه وإن أبى المحبس عليهم مراعاة لقول من لا يرى إعمال الحبس جملة، وهو ظاهر قول ابن القاسم في رسم شك بعد هذا من هذا السماع، وفي رسم نذر، وتأول على ظاهر قول مالك في هذه الرواية أن الحبس يفسخ على كل حال وإن مات المحبس بعد أن حيز عنه الحبس.

فيتحصل على هذا في المسألة أربعة أقوال أحدها هذا والثاني أن المحبس يفسخه

ويدخل فيه الإناث وإن حيز عنه، والثالث أنه يفسخه ويدخل فيه الإناث ما لم يحز عنه فإن حيز عنه لم يفعل ذلك إلّا برضى المحبس عليهم، والرابع أنه لا يفسخه ويدخل فيه الإناث وإن لم يحز عنه إلّا برضى المحبس عليهم.

وإخراج الإناث من الحبس عند مالك أَشَرُّ في الكراهية من هبة الرجل لبعض ولده دون بعض على ما سيأتي القول فيه في رسم الشجرة ورسم نذر سنة من كتاب الصدقات وفي رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب منه إذ لم يختلف قوله في أن هبة الرجل الشيء من ماله لبعض ولده دون بعض جائز نافد وإن كان ذلك مكروهاً لقول الله عزْ وجل: ﴿وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَى أَزْوَاجِنَا﴾ [الأنعام: ١٣٩] وهو الذي أراد بقوله في الرواية وإنه من أمر الجاهلية وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك لو أن رجلاً أعمر عمري داراً أو خادماً له ولعقبه ما عاشوا ولم يقل مرجعه إلَي ولم يجعل لمرجعها وجهاً ترجع إليه رجعت إليه كما لو اشترط.

قال محمد بن رشد: هذا هو مذهب مالك وجميع أصحابه أن العمري ترجع إلى الذي أعمرها بعد موت المُعْمَر إن لم تكن معقبة وبعد انقراض العقب إن كانت معقبة، ولم يأخذ مالك في العُمْري بحديثه الذي رواه في موطأه عن ابن شهاب عن أبي سلمة عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "أَيُّما رَجُل أَعْمَرَ عُمْرَى[1] لَهُ وَلِعقِبِهِ

(١) أخرجه مسلم (٣٠٧٢)، وأخرجه الترمذي (١٢٦٧)، وأخرجه أبو داود (٣٠٨٧)، وأخرجه النسائي في سننه (٣٧٠٥)، وأخرجه ابن ماجه (٢٣٧٣)، وأخرجه مالك في الموطأ (١٤٢٠)، وأخرجه أحمد في مسنده (٢١١١٢)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٢٤٧)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٦٣٤٨)، وأخرجه ابن الجارود في المنتقى (٩٧٤)، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير (١٠١٣)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١١٠٦١)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٣٠٨)، وأخرجه مالك في الموطأ برواية الشيباني (٧٢٠)، وأخرجه مالك في الموطأ برواية الزهري (١٣٨٥)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٦٣٩١)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٢٠١١)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (٤٨٥)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (١٧٢٦)، وأخرجه الشافعي في الأم (٩٨٦)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢١٩٨)، وأخرجه محمد بن إبراهيم بن المنذر في الإقناع (١٣٩)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٨٦٠)، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (٤٧٩٠)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٦١٨)، وأخرجه ابن زياد النيسابوري في الزيادات على كتاب المزني (٢٨٣).

فَإِنَّهَا لِلَّذِي يُعْطَاهَا لا تَرْجِعُ إِلَى الذِي أَعْطَاهَا" لأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعْتْ فِيهِ المَوَارِيث، وذهب في ذلك إلى ما رواه عن ابن القاسم بن محمد أنه قال: ما أدركت الناس إلَّا وهم على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا، فقال معنى الحديث أن العمرى لا ترجع إلى الذي أعطاها حتى ينقرض العقب، بدليل قوله في الحديث فإنها للذي يُعطاها والذي أُعْطِيِّهَا هو المُعْمَر وعقيبه فَوَجب أن تكون لهم بنص الحديث وترجع بعد انقراضهم إلى المُعْمَر بالتأويل الصحيح، إذ لا يصح أن يكون ملكاً لجميع العقب فمن قال إن العمرى المعقبة تكون ملكاً للمُعْمَرِ فقد خالف الحديث، ومالك أَسْعَدُ به.

ومن أهل العلم من قال إن العمرى تكون ملكاً للمُعْمَرِ وإن لم تكن معقبة، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة وجماعة من أهل العلم سواهم على ما روي عن النبي عليه السلام من قوله مَن أعمر شَيئاً[1] فَهُوَ لَهُ حَياتَهُ وَمَمَاتَهُ ومن قوله أيضاً العُمْرَى لِمَنْ وُهِبَتْ لَهُ ومن قوله أيضاً، مَنْ أُعْمِرَ عُمْرَى فَهِيَ لَهُ وَلِعَقِبِهِ يَرِثُهَا مَنْ يَرِثُهَا مِنْ عَقِبِهِ ولم يفسح عند مالك شيء من هذه الآثار وإنما صح عنده حديث جابر الذي ذكرناه فأخذ به على ما تأوله عليه من معناه.

ففي العمرى لأهل العلم ثلاثة أقوال: أحدها أنها تكون ملكاً للمعمر قال فيها هي لك عمري أو هي لك ولعقبك عمري. والثاني أنها تكون ملكاً للمعمر في واحد من الوجهين وترجع إلى المُعْمِر ملكاً بعد موت المعمر أو بعد موته وانقراض عقبه إن كانت معقبة وهو مذهب مالك. والثالث أنها تكون للمُعْمَر ملكاً إن كانت معقبة وترجع

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٩٣)، وأخرجه النسائي في سننه (٣٦٩٥)، وأخرجه ابن ماجه (٢٣٧٢)، وأخرجه أحمد في مسنده (٥٢٧٠)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٢٤٦)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٦٣٣١)، وأخرجه ابن الجارود في المنتقى (٩٧٤)، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير (١٠١٤)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١١٠٨٤)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٣٠٩)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٦٤١٤)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٢٠٠٤)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (١٠٨١٨)، وأخرجه يعقوب بن إبراهيم في الآثار (٧٥٠)، وأخرجه الشافعي في الأم (٩٩٢)، وأخرجه أبو بكر الخلال في الوقوف من مسائل الإمام أحمد (١٠٨)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢٢٠٠)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٨٤٣)، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (٤٧٨٠)، وأخرجه ابن عبد البر في التمهيد (١١٦٥)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٦١٦)، وأخرجه ابن زياد النيسابوري في الزيادات على كتاب المزني (٢٨٧).

إلى المُغْمِر ملكاً بعد موت المُغْمَر إن لم تكن معقبة، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعت مالكاً قال: من أعمر خادماً أو عبداً حياته ولا مال له ثم أَفَادَ مالاً أو وُلدَ له ولدٌ قال مالك ما ولد للأمة أو كان للعبد من أمة يملكا فهو على مثابتهما يخدمان المُعْمَرَ حياتَه، وما كان من مال فهو مَوْقُوفٌ على أيديهما يأكلان فيه ويكتسيان بالمعروف، وليس للمعمر ولا للمعمر أن ينتزعاه منهما ما عاشا فإذا ماتا ورثهما سيدهما الذي يملك رقابهما، وإن قتل العبد عمداً أو خطأً فإن عقله لسيده مثلُ الميراث، قال ابن القاسم وإن قَتَلَهُ سيده خَطأً فلا شيء عليه، وإن قتله عمداً كان عقله عليه في السنين التي أعمر، فإن فضل فضل كان له.

قال عيسى بن دينار تفسيره أن يغرم سيدُه القاتلُ القيمة فتوقف للمُعْمَر فَيُسْتَأجَرُ له منها من يخدمه مكانه، فإن مَات قبل أن يستنفد الثمن رجع ما بقي من قيمته إلى سيده، قال ابن القاسم: ويكون عليه أن يستأجر له من يخدمه في تلك السنين بقيمته، فإن مات رجع فضل ذلك إلى سيده، قال سحنون وقد كان عبد الرحمن يقول: يُشْتَرَى بتلك القيمة عبدٌ آخر مكانه، وكذلك لو أخدمه أو أعمره أَمَةً ثم عدا عليها فأحبلها صاحبُ الرقبة أن عليه أن يشتري أخرى مكانها، قال مكانها قال مالك: ما كان من ولد للعبد المُعْمَرِ من جاريته فهو بمنزلته.

قال محمد بن رشد: تكررت هذه المسألة على نصها في: سماع ابن القاسم من كتاب الخدمة وقوله فيها إن ما ولد للأمة المخدَمة أو العبد المخدَمِ فهو بمنزلتهما لَا اعْتِرَاضَ فيه لقول النبي عليه السلام: كل ذَاتِ رَحِمٍ فَوَلَدُهَا بِمَنزِلَتِهَا.

وأما قوله فيما وهب لهما من مَال إنه يكون موقوفاً على أيْدِيهِمَا يأكلان فيه ويكتسيان بالمعروف وإنه ليس لواحد منهما أن يَنْتزعه ففيه نظر لأن نفقة الأمة المخدمة وكسوتها على المُخْدَمِ على المشهور في المذهب، فالقياس أن يكون ما وهب لهما من مال لسيدهما الذي أخدمهما والذي يَملك رقابهما ينتزع ذلك إن شاء، ولا يكون لهما أن يأكلا منه ولا يكتسيا فيه، وقد قيل إن النفقة على سيده الذي أخدمه، فعلى قياس هذا يصح جوابه في هذه الرواية وكذلك قولُه في المُعْمِر إذا قتل العبد الذي أعمره عمداً أو خطأً أو كانت أمة فأولدها: إنه يغرم القيمة فيستأجر منها للمُعْمَر من يخدمه مكانه فيه نظر، لأن القيمة إن نفذت والمخدم حي يسقط حقه ولم يكن له شيء على قوله ومن حجته أن يقول لو لم تقتل لكان لي خدمتها إلى أن أموت، وهي في أم الولد

أظهر، لأنه يقول كيف يبطل حقي الذي لي في خدْمتها إلى أن أموت وهي باقية لم تمت، فكان القياس أن يكون على قاتلها عمداً قيمة خدمتها على الرجَا والخَوْف، وقد وقع في المدنِيَة من رواية محمد بن يحيى السبائي عن مالك ما يشهد لما قلناه، وذلك أنه سئل عن امرأة أخدمت خادماً لها امرأتين عمرهما ثم إنهما اشترت من إحداهما ما جعلت لها من الخدمة حياتها، ثم أعتقت الخادم كيف يصنع في ذلك؟ أتبطل الخدمة عن المعمرة الثانية التي لم تبع أم تقوم على المعتِقَة كيف الأمر في ذلك؟ قال: بل تقوم عليها قدرُ تلك الخدمة التي أخدمتها حياتها يريد على الرجا والخوف، لأنها لا تقدر على الرجوع في التي أخدمتها، فيقوم ذلك عليها ويتم العتق عليها، وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ حظُّ مَنْ بَقِيَ مِنْ شُرَكَائِهِ وَعَتَقَ عَلَيْهِ العَبْدُ كُلُّهُ فلا أرى هذا إلَّا شِرْكاً وإن لم يكن شريكه في الرقبة فإني أراها شركة بالخدمة، وهذا مثل ما قلناه من أن القياس أن يكون على المُعْمِر إذا قتل الأمة التي أعمرها عمداً أو أولدها قيمةُ خدمتها على الرّجاء والخوف إذ لا فرق بين تفويت الخدمة عليها بالعتق وبالإيلاد أو بالقتل عمداً، ومن الدليل على ذلك رواية عيسى عن ابن القاسم في المدنية في مسألة السبائي عن مالك أن على المعتقة أن تُخرج نصف قيمة الخادم وليس قيمة الخدمة فتواجر التي لم تبع خدمتها منها حَيَاتَها وتعتق الخادم فإن ماتت المخدمة قبل أن يستتمها رجع الفضل إلى المُعْتِقَةِ، فإن استتمتها قبل الموت فلا شيء لها عليها وإن ماتت الخادم أيضاً قبل الخدمة رجعت بقيمة الخدمة إلى المُعْتِقَة قال وكذلك وجدت في مسائل عبد الرحيم عن مالك، فَجَرَى ابنُ القاسم في العتق على أصله في القتل وَالإيلادِ، وكذلك قولُه في الرواية إذا قتل الأجنبي العبد المخدم إن القيمة تكون لسيده مثل الميراث، ويبطل حقّ المُخْدَمِ ليس بوجه القياس والنظر، والذي يوجبه القياس على أُصولهم أن ينحاصا جميعاً في القيمة يضرب فيها سيد العبد بقيمة المرجع على غرره، والمُخْدَم بقيمة الخدمة على غررها أيضاً وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك من حبَس حبساً على ولده وغيرهم حائطاً أو ما أشبه ذلك مما يثمر وُيسَمِّي لبعضهم ما يُعْطَى في كل كيلاً معلوماً ولا يسمى للآخرين شيئاً، قال: الذين سمى لهم كيلاً معلوما أولى من الآخرين بما خرج من الثمر إلَّا أن يعمل فيه عامل فيكون أولى بحقه في ذلك، ويأخذه قال ابن القاسم: وكذلك الغلة في الدور. قال

محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة لا إشكال فيها وقد قال ابن دحون: إنها مُعارضة لقوله في الوصايا: إن من أوصِيَ له بكيل معلوم هو مثل من أوصِيَ له بنصيب من الثمرة لا يدري كم يخرج في كيله يتحاصون ولا يقدم أحدهما على الآخر، ولا تعارض بينهما بوجه، لأنه لما حبس الحائط عليهما وسمى لأحدهما مكيلة من الثمرة وسكت عن الثاني فلم يجعل له إلَّا ما بقي، ولو سمى لأحدهما مكيلة من الثمرة وللثاني جزءًا منها لوجب أن يتحاصا في ثمرتها كما قال في مسألة الوصية سواء وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك في الرجل يحبس غلامه على رجل يخدمه فيموت العبد قبل أن تنقضي خدمته وله مال، إنّ مالَه لسيده، وليس للمحبس عليه شيء لأنه إنما حبس عليه الخدمة.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله لا إشكال فيه والحمد لله.

مسألة:

وسمعت مالكاً قال: من أخدم عبداً له رجلاً عشر سنين ثم هو حُرّ فوهب له الذي أَخْدِمَهُ خِدْمَتَهُ كان حراً، ولو باعه الخدمة أيضاً كان حراً.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله لا إشكال فيه، لأنه إنما كان بقي عليه من الرق ما عليه من الخدمة، فإذا أسقِطَتْ عنه باشتراء أو هبة بُتِّلَتْ حريتُهُ وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: وسمعت مالكاً قال: من حُبِّسَ عليه وعلى عقبه، ولعقبه ولد فهم مع آبائهم في الحبس بالسواء، إلَّا أنه يفضل ذو العيال بقدر عياله، لا يكون الآباء أولى من الأبناء والذكر والأنثى فيهم سواء.

قال محمد بن رشد: قوله في ولد عقب الرجل إنهم مع آبائهم في الحبس إذا كان الحبسُ عليه وعلى عقبه صحيح لا اختلاف فيه، لأن عقب الرجل ولده وولد ولده ما سفلوا وإن بَعُدُوا، وقوله إنه يفضل ذو العيال بقدر عياله هو المشهور في المذهب أن المحبس المُعَقب يُقسم قدْرَ الحاجة وكثرة العيال من قلتهم، وحكى محمد بن المواز عن ابن الماجشون أنه لا يفضل ذو الحاجة على الغنى في الحبسة إلا بشرط من المحبس، وهو ظاهر ما في رسم القطعان من سماع عيسى في الذي يحبس في مرضه على ولده وولد ولده لأنه قال فيه: إن الحبس يقسم بين أعيان الولد وولد الولد

ذكورهم وإناثهم شَرَعاً سواء على عددهم للذكر مثل حظ الأنثى، مثله في رسم الصلاة من سماع يحيى إلَّا أن يقال معنى ذلك إذا استوت حالتُهم، فقد قال ذلك سحنون وابن المواز، والظاهر خلافُ ذلك، وعلى هذا يأتي ما حكى محمد بن المواز عن ابن القاسم أن من مات منهم بعد الطياب في الثمرة فحقه لورثته ومن ولد منهم بعد طيابها فلا حقّ له فيها، ومن ولد منهم قبل طيابها بعد الإبار أو قبْله فحقه ثابت فيها، إلَّا أنّ الذي يأتي على قياس المشهور أنها تقسم على قدر الحاجة أنْ يسقط حقّ من مات منهم قبل القسمة وإن كان ذلك بعد طيب الثمرة، وأن يدخل فيها من ولد منهم قبل القسمة وإن كان ذلك بعد طيب الثمرة، وهو نص قول ابن كنانة وابن نافع في المدنية، وفرق ابنُ نافع فيها بين السكنى والغلة، فقال في السكنى: إن الغني والفقير فيه سواء، بخلاف الغلة، وساوى ابن القاسم بين السكنى والغلة بأنه يؤثر بذلك الفقير على الغني، هذا قوله في المدنية وهو على المشهور في المذهب في أن الحبس المعقب يؤثر فيه المحتاج على الغني.

وقولُهُ في الرواية فهم مع آبائهم في الحبس سواء، ولا يكون الآباء أولى من الأبناء هو نص ما في رسم القطعان من سماع عيسى وما في رسم الصلاة من سماع يحيى، وما حكى سحنون في المدونة عن المغيرة وغيره من أنه كان يُسَوي بينهم خلافُ ما في المسألة التي بعد هذه وخلافُ المعلوم من مذهب ابن القاسم وما في المدونة لمالك من أن الآباء يؤثرون على الأبناء، ولا يكون للأبناء معهم في السكنى إلَّا ما فضل عنهم، وسواء على قولهما قال حُبُسٌ على ولدي ولم يزد فدخل معهم الأبناء بالمعنى أو قال على ولدي وولد ولدي فدخلوا معهم بالنص، وقد فرق بين ذلك أشهب فقال: إذا دخلوا بالمعنى بُدّيء الآباء عليهم، وأن دخلوا بالنص لم يبدؤوا عليهم وكانوا بمنزلتهم، وهذه الثلاثة الأقوال في تفضيل من سمى من الآباء على من لم يسم من الأبناء وعلى من سمى منهم، وأما من سفُلَ منهم ممن لم تتناوله تسمية المحبس فلا يفضل الآباء منهم على الأبناء إذا استووا في الحاجة هذا نص قول مالك في المدونة، ولا أعرف في ذلك نص خلاف، وقد يدخل فيه الخِلَافُ بالمعنى من قوله فيما تقدم في الموالي ويبدأ بالأقرب فالأقرب من ذوي الحَاجَة إلّا أن يكون الأباعد أحوج فيؤثرون قال وهذا قول مالك، وهو أحب ما فيه إلي، وفي قوله وهو أحب ما فيه إلي دليلٌ على الخلاف، وهو ما وقع في رسم الشريكين بعد هذا من أن موالي الموالي يدخلون مع الموالي ولا يفضلون عليهم في ظاهر قوله إذا استوت حاجتهم. فيتحصل في المسألة

أربعة أقوال: أحدها أنه لا يُبَدَّأ الآباءُ على الأبناء جملة من غير تفصيل، والثاني أنهم يُبَدِّؤونَ عليهم جملة من غير تفصيل أيضاً والثالث أنه يبدأ منهم من دخل بالنص على من دخل بالمعنى، ولا يبدأ منهم من دخل بالنص على من دخل بالنص ولا من دخل بالمعنى على من دخل بالمعنى، والرابع أنه يبدأ منهم من دخل بالنص على من دخل بالمعنى ومن دخل بالنص على من دخل بالنص، ولا يبَدَأ منهم من دخل بالمعنى على من دخل بالمعنى. وهذا القول أضعف الأقوال، لأنه إذا بُدىء من دخل بالنص على من دخل بالنص وجب أن يُبَدّأ من دخل بالمعنى على من دخل بالمعنى، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك: إذا حبس الرجلُ دارَه على ولده وعلى ولد ولده، فإن وولد الولد يسكنون معهم إن وَجَدُوا فضلاً، وإن لم يكن فضل فالأدْنوْنَ أولى، فإن كان فضل أو خرج بعض الأدنين إلى سفر سكن الذين يلونهم، فإن جاء أحد من الأدنين لم يخرج عنه كما لم يدخل عليه، وذلك شأن الحبس والسكنى إذا تصدق عليهم بالسكنى.

قال محمد بن رشد: قولُ مالك في هذه المسألة خلافُ قوله في المسألة التي قبلها مثلُ قوله في المدونة لأنه إذا رأى في المسألة التي قبل هذه ولد العقب مع العقب بالسواء وإن كانوا إنما دخلوا في الحبس بالمعنى، فأحرى أن يَرَى في هذه المسألة وَلَدَ الولد مع الولد بالسواء لإدخالهم معهم بالنص. وقدْ مضى تحصيلُ القول في ذلك قبل هذا فلا معنى لإعادته وقوله أو خرج بعض الأدنين إلى سفر فسكن الذين يلونهم ثم جاء لم يخرج عنه كما لم يدخل عليه، معناه إذا خرج إلى سفر بعيد يشبه الانقطاع أو كان يريد المقام في الموضع الذي سافر إليه. وأما إذا سافر ليعود فهو على حقه. وهذا نص قول مالك في رسم البز بعد هذا، وتفسير ابن القاسم في المدونة لقول مالك فيها أنه إن غاب أو مات سكن مسكنه، أي إن كان يريد المُقام في الموضع الذي غاب إليه، وأما إن كان سافر ليرجع فهو على حقه وقال علي في روايته إن غاب "مُسْجلاً" ولم يذكر ما قال ابن القاسم ولا يخالف علي لابن القاسم في تفسيره والله أعلم، والخلافُ في هذه المسألة إنما يكون فيما يحمل عليه غيبته فيكون على ظاهر قول مالك في رواية علي عنه محمولةً على الانقطاع والمقام حتى يتبين خلافُ ذلك، وعلى ظاهر قول ابن القاسم محمولة على الرجوع وعلى غير الانقطاع حتى يتبين خلافُ ذلك وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِلَ مالك عن رجل تصدق على بناته بصدقة حبساً فإذا انقرض بناتهُ فهي لذكور ولده وهو صحيح فيُبَتِّلُ ذلك لهن فتكون للإناث حتى يهلكن جميعُهُن وللرجل يومَ هلكن كلهن ولدٌ وولد ولدٍ ذكور، فقال ولدُ الولد نحنُ من ولده ندخل في صدقة جدنا، وقال ولده لصلبه نحن آثرُ وَأَوْلَى، فقال مالك: أرى أن يدخل معهم ولد الولد، وذلك أني أراهم ولده يكونون معهم فيها.

قال محمد بن رشد: قوله إنه يدخل ولد الولد مع الولد بقوله فهي لذكور ولده صحيح على المشهور في المذهب، لأن الولد يقع على الولد الذكر والأنثى وعلى ولد الولد الذكر، لأن ولد الولد الذكر بمنزلة الولد إذا لم يكن ولد في الميراث، فلما كان له حكم الولد في الميراث وجب أن يدخل في الحبس.

وكذلك تدخل مع بناته لصلبه إذا تصدق على بناته بصدقة حبس بناتُ بنيه الذكور لأن بنت الابن بمنزلة الابنة في الميراث إذا لم يكن ابن ولا ابنة، فلا شيء لذكور ولد المحبس في هذه المسألة حتى تنقرض بَنَاتُهُ وبنات بنيه الذكور، وقد نص على ذلك في رسم العشور من سماع عيسى وقال إنه يدخل ولدُ الولد مع الولد ولا يفضل الولد عليه في ظاهر قوله، فهو خلاف قوله في المسألة التي قبلها موافق لقوله في المسألة التي فوقها، وقد مضى تحصيل القول في ذلك في تكلمنا عليها فلا معنى لِإعادته، وقد قيل إنه لا يدخل في تحبيس الرجل على ولده إلَّا وَلَدٌ لصلبه ذكورهم وإناثهم، وهو قول غير ابن القاسم في سماع سحنون في الذي يحبس على ابنته وعلى ولدها، ويأتي على رواية أصبغ عن ابن القاسم في كتاب الوصايا فيمن أوصى لولد فلان أن الوصية تكون لذكور ولده ولا يدخل في ذلك إناثهم بخلاف إذا قال لبني فلان فإنه يدخل في ذلك بنو فلان ذكورهم وإناثهم إن من حبس على ولده لا يدخل في الحبس إلَّا ذكور ولده لصلبه خاصة.

وجه القول الأول: أن ولد الولد الذكر ذكوراً كانوا أو إناثاً لما كان لهم حكم الولد في الميراث إذا لم يكن فوقهم ولد وجب أن يدخلوا في الحبس على الولد.

وجه القول الثاني: أن الحبس على الولد لو كان يدخل فيه ولد الولد كما يدخل فيه إذا حبس على ولده لم يكن لذكر ولد الولد في التحبيس فائدة ولكان لغواً لا فائدة فيه.

ووجه القول الثالث: الذي يتخرج على رواية أصبغ في الوصية أن الولد قد يعرف

عند عامة الناس بالولد الذكر للصلب خاصة، وإذا سألت من ليس له ولد ذكر وإن كان له بنات أو أولاد أوْلَادٍ هل لك ولد؟ يقول كل ليس لي ولد، وإنما لي بنات وحفدا أولاد أولادي، ولا يعرف أن الولد يقع على كل من يرجع نسبه إلى الرجل إلَّا الخاص من العلماء، فتحققنا أن المحبس أراد ذكور ولده لصلبه بقوله حبست على ولدي، ولم يتحقق أنه أراد دخول من سواهم فيه، فوجب ألا يدخلوا فيه بشك.

وأما أولاد البنات فلا يدخلون في الحبس على مذهب مالك بقول المحبس حبست على ولدي لم يختلف في ذلك قولُهُ ولا التأويل عليه فيه، لأنهم لا ينتسبون إليه ولا يرثونه وإن كان اسم الولد يقع عليهم في حقيقة اللغة بدليل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحسن: إنّ ابْنِي هَذَا سَيِّدٌ[1] وَلَعَلّ الله يُصْلِحُ بِهِ بَيْنَ فِئَتَيْنِ عَظِيمَتَيْنِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ومن الناس من ذهب إلى أنه لا يسمي ولد البنت ولداً إلَّا مجازاً لا حقيقة وليس ذلك بصحيح، لأن ولد البنت أحق بالتسمية من جهة اللغة من ولد الولد.

واختلف إذا قال حبست على وُلْدِي ووُلْد ولدي هل يدخل ولد البنات في ذلك على مذهب مالك أم لا؟ وقد فرَغنا من بيان هذه المسألة وتفسيرها في غير هذا الديوان، وهو كتاب المقدمات وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله حلف ألَّا يبيع رجلاً سلعة سماها

وسُئِلَ مالك عن رجل جعل داراً له حبساً صدقة على ولده لا تبَاع إلَّا أن يحتاجوا إلى بيعها فإن احتاجوا إليها واجتمع ملاؤهم على ذلك باعوا واقتسموا سواء ذكرهم وإنثاهم فهلكوا جميعاً إلَّا رجل فأراد بيعها أذلك له وقد احتاج إلى بيعها؟ قال: نعم، فقيل له فإن امرأة ثَمّ وهي بنت أخت الباقي الذي يريد أن يبيع وهي من بنات المحبس قالت إن بعتَ فأنا آخذ ميراثي من أمي قال: لا أرى لها في ذلك شيئاً، قال ابن القاسم:

---

(١) أخرجه البخاري (٣٤٨٧)، وأخرجه الترمذي (٣٥٨٣)، وأخرجه أبو داود (٣٨٨٨)، وأخرجه النسائي في سننه (١٣٩٥)، وأخرجه أحمد في مسنده (٢٠٠١١)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٧١٢٢)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٤١٦٧)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٩٦٨٢)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٢٣٩٨)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣١٤٩٩)، وأخرجه معمر بن راشد في الجامع (١٥٩٢)، وأخرجه الطبراني في معجمه الصغير (٧٦٨)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (١٥٥٨)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (١٥٢٨٩)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٣٨٤٣)، وأخرجه ابن عبد البر في التمهيد (٦٦٦).

ولو اجتمع ملاؤهم على بيعها قسموا ثمنها على الذكر والأنثى سواء، لأنها صدقة حازوها وليست ترجع بما ترجع به المواريث إلى عَصَبَةِ الذي تصدق بها.

قال محمد بن رشد: قوله إلَّا أن يحتاجوا إلى بيعها يريد أو يحتاج أحدهم إلى بيع حظه منها بالحبس قَل لكثرة عددهم أو كَثُرَ لقلتهم، فيكون ذلك له ويبطل الحبس فيه ويكون ثمنه مالا من ماله، وكذلك إن احتاجوا كلهم فباعوا كان الثمن لهم مالاً من مَالِهِم على قدر حقهم في الحبسِ كثروا أو قلوا وإن لم يبق منهم إلَّا واحد فاحتاج كان له الثمن كله وبطل الحبسُ في الجميع بشرط المحبس، ومن مات منهم قبل أن يحتاج سقط حقه لأنه إنما مات عن حبس لا يورث عنه ويرجع إلى من معه في الحبس ولا يورث شيء منه على المحبس لأنه قد انْبَتَّ منه إذ قد حبسه حبساً صدقة على غير معينين وحيز عنه في حياته، فالحكم فيه أن يرجع بعد انقراض المحبس عليهم إلى أقرب الناس بالمُحبس إلَّا أن يحتاجوا فيكون لهم البيع بشرط المحبس، ويعودُ ما كان بأيديهم منه بالحبس ملكاً يجوز لهم بيعه وأخذ ثمنه، ولا يعود شيء منه إلى المحبس ملكاً ولا يورث عنه.

وقوله في آخر المسألة وليست ترجع بما ترجع به المواريث إلى عصبة الذي تصدق بها، يريد أنها لا ترجع إلى ورثته وإنما ترجع إلى أقرب الناس بالمحبس حبسا عليهم إن انْقَرَضَ المحبس عليهم قبل أن يحتاجوا أو يبيعوا، وبيانُ هذا الذي ذكرتُهُ كله في كتاب ابن المواز، قال مالك فيه من حبس على ولده وشرط إن احتاجوا باعوا فذلك جائز، فمن احتاج منهم فله بيع حظه، فإن باعوا فلا يدخل أحد في ثمن ذلك من ورثة الميت، فإن انقرض من حبس عليه إلَّا واحداً فاحتاج فباع فالثمنُ كله له ليس لورثة أهل الحبس ممن مات منهم فيه شيء، لأن من انقرض سقط حقه وصار لمن بعده، قال محمد بن المواز وإن انقرض قبل أن يحتاج فليس لورثته ولا لغيرهم فيها شَيْءٌ ورجعت كما يرجع غيرها من الأحباس وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: اغتسل على غير نية

وسئِلَ عن رجل تصدق على ثلاثة نفر بثمر حائطه فأبّرُوها، ثم إن أحدهم مات، قال: ما أراها إلَّا لهم كلهم، لأنه قد أبّرَ وَسَقَى فهي بينهم كلهم، ثم نزلت وقضى فيها أنه ليس له فيها شيء للذي مات إذا كان حبساً، وإنما يكون لورثة من مات منهم إذا مات بعدَ أنْ تطيب الثمرة، ومن مات منهم قبل أن تطيب الثمرة فلا حقّ له، وإنما تكون

منهم إذا مات وقد أبرت إذا لم تكن حبساً فأما الحبس فلا يكون لهم حتى يطيب، وكذلك قال مالك، وأما إذا كانت صدقة من غير حبس فهي لورثة الميت أُبِّرَتْ أو لَمَ تُؤبر.

قال محمد بن رشد: معنى قولهم تصدق على ثَلاثة نفر بثمر حائطه أي حبسها عليهم، ويحتمل أن يريد أنه حبسها عليهم حبساً صدقَة، وعلى ذلك تكلم لأن الصدقة المبتولة من غير حبس لا اختلاف في أن حظ من مات منهم لورثته وإن لم تؤبر، وذلك بين من قوله: وإنما يكون لمن مات منهم إذا مات وقد أبرت إذا لم تكن حبساً، وقوله ما أراها إلَّا لهم لأنه قد أبَّر وسقي فهي بينهم هو خلاف ما في المدونة من قول ابن القاسم وغيره من الرواة، وقولُهُ ثم نزلت فقضى أنه ليس فيها شيء للذي مات وإنما يكون لورثة من مات منهم إذا مات بعد أن تطيب الثمرة، هو قول ابن القاسم وروايتُهُ عن مالك في المدونة، ولا اختلاف في أنها تجب بالطياب لمن مات منهم بعده، ولا في أنها لا تجب لمن مات منهم قبل الإبار في الحبس وإنما الاختلاف إذا مات أحدهم بعد الإبار وقبل الطياب أو ماتوا جميعاً.

فإذا مات أحدهم ففي ذلك خمسة أقوال: أحدها أن حظه يرجع إلى المحبس، والثاني أنه يكون لمن بقي منهم وهذا القول هو الذي رجع إليه مالك في المدونة وإياه اختار ابن القاسم، والثالث أنه يكون لمن بقي منهم إن كانوا يلون عملها أو كان عبداً يخدمهم أو داراً يسكنونها وترجع إلى المحبس إن كانوا لا يلون عملها وإنما يقسم عليهم ثمرتها، والرابع أن الميت يجب له حضه بالإبار إن كان قد أبَّر وسقى، وهو القول الأول في هذه الرواية: ما أراها إلا لهم كلهم، لأنه أبرَ وسَقى، والخامس أن الميت يجب له حظه بالإِبّارِ وإن لم يؤبر ولا سقى، وهو قول غير واحد من الرواة في المدونة: وإن مات منهم ميت والثمرة قد أبرت فحقه فيها ثابت، وهو مذهب أشهب.

وأما إذا ماتوا معاً كلهم ففي ذلك ثلاثة أقوال أحدها أن الثمرة ترجع إلى المحبس والثاني أنها تكون لورثتهم لأنه قد استوجبها كل واحد منهم بالإبار، وهو مذهب أشهب والثالث أنها تكون لورثتهم إن كانوا قد أبَّرُوا وسقوا وترجع إلى المحبس إن كانوا لم يؤبروا ولا سَقَوا، وهو القول الأول في هذه الرواية، لأن موتهم كلهم بمنزلة إذا كان المحبس عليه واحداً فمات، وإن مات واحد بعد واحد ففي موت الآخر منهم ثلاثة أقوال وإنما ترجع الثمرة إلى المحبس في الموضع الذي ترجع إليه على القول بأنها ترجع إليه إذا قال حبساً ولم يقل حبساً صدقة، وأما إن قال حبساً صدقة فإنما

ترجع إلى أقرب الناس بالمحبس حبساً ولا ترجع إليه ملكاً لم يختلف قولُ مالك في ذلك على ما حكى ابن القاسم في المدونة، وفي كتاب ابن عبد الحكم أن قوله اختلف في ذلك أيضاً.

فيتحصل فيما تجب به الثمرة للمحبَّس عليهم بأعيانهم ثلاثةُ أقوال: أحدها أنها تجب لهم بالإبار، والثاني أنها لا تجب لهم بالإبار إلَّا مع أن يكونوا هم سقوها وأبروها، والثالث أنها لا تجب إلَّا بالطياب.

وأما إن لم يكونوا معينين مثل أن يكون المحبس على رجل وعقبه، فقيل إنها تجب لهم بالطياب وقيل إنها لا تجب لهم إلَّا بالقسمة.

وأما إن كان الحبس على مثل بني زهرة أو بني تميم فلا تجب لأحد منهم فيها حقّ إلَّا بالقسمة، فمن مات قبلها بطل حقه ومن ولد قبلها كان من أهلها، هذا تحصيل القول في هذه المسألة لأنه قال فيها إن من مات منهم قبل أن تطيب الثمرة فلا حقّ له، ولم يبين لمن تكون؟ وإذا كان الميت منهم قد أبر وسقى فلم يكن له الثمرة على القول الثاني ورجعت إلى المحبس إن كانت لمن بقي منهم كان لورثته الرجوع عليه بما أبر وسقى ورأيت لابن دحون في هذه المسألة أنه قال فيها المسألة التي نزلت فأفتى فيها أنه ليس له شيء وإن كانت قد أبرت معناها أنهم لم يعلموا فليس ذلك اختلاف من قوله، وإنما فَرَّق بين المسألتين، وقولُهُ بعيد من لفظ المسألة ولا يصح في المسألة سوى ما قلنا وبينا، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يحبس داراً له أو أرضاً على رجل حياته أو يُعْمَرُهَا فيفقد قال: توقف كما يوقف ماله حتى يُسْتَبَانَ أمره.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، لأنها قد وجبت له قبل أن يفقد فوجب أنْ توقف له إذا فُقِدَ، وهو نص قول مالك في كتاب ابن المواز، قال توقف غلتها إلى حِينٍ لَا يَحْيى لِمثله، فيكون ذلك لورثته إلَّا أن يعلم أنه مات قبل ذلك فيرجع الفضل إلى ربها، قال محمد: أو حَيْثُ أَرْجَعَهُ ولو كان الحبس عليه أو العُمْرَى له بعد أن فقد لوجب أن توقف الغلة، فإن عُرفت حياتُه كان له من الغلة ما يجب له منها من يوم أُعْمِرَ إياها إلى يوم وفاته ورجع الفضل إلى المحبس أو إلى حيث أرجعه وإن لم تعرف حياته حتى أتى عليه من السنين مالا يحيى لمثلها رجع جميع ذلك للمحبس أو إلى حيث أرجعه وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسئل عن رجل حبس داراً له أو أرضاً على رجل حياته فبنى في الدار مسكناً أو غرس في الأرض نخلاً ثم مات، فقال إن أَرْضَى صاحبَ الدار ورثةُ الرجل فذلك له، وإلا قلعوا نخلهم وأخذوا نقضهم من الدار.

قال الإمام القاضي: وقعت هذه المسألة في نص الروايات هاهنا، وستأتي في موضعها بعد هذا من هذا السماع، وهي خلافُ قول ابن القاسم وروايته عن مالك في كتاب الحبس من المدونة مثل قول المخزومي فيه، ومثل ما في منها، ومثل ما في التفسير لابن القاسم من رواية يحيى عنه، وقوله إن أرضى صاحبَ الدار ورثَةُ الميت وإلا قلعوا نخلهم وأخذوا نقضهم معناه إن مات بحدثان ما بَنَى وغرس، وأما إن لم يمت حتى مضى من المدة ما يُرى أنه بنى وغرس إلى مثله فيكون لصاحب الدار أن يأخذ النقض والنخل بقيمتها مقلوعة إن شاء وإن أَبَى قلعوا نخلهم وأخذوا نقضهم على مذهب ابن القاسم فيمن بنى فيما اكْتَرَى وكذلك في النوادر لمالك من رواية ابن القاسم عنه أن لهم أن يقلعوا نقضهم إلَّا أن يعطيهم قيمةَ ذلك مطروحاً بالأرض، ومعنى ذلك إذا كان قد مضى من المدة ما يُرى أنه بنى إلى مثلها على ما ذكرناه، وأما على رواية المدنيين عن مالك في أن للمكتري قيمة بنيانه قائماً، فيكون الحكم في الحبس ما قاله في الرواية من أن صاحب الدار إن أرضى الورثة وإلا قلعوا نخلهم وأخذوا نقضهم طالت المدة أو قصرت، وهو ظاهر قول المخزومي في الحبس من المدونة إن البناء الذي له القدرُ مالٌ من ماله يُباع في دَيْنِهِ، فهذا حكم ما بنى للسكنى إذا مات، وأما إذا لم يمت فهو أحق بسكنى ما بنى لا يدخل عليه فيه غيره، ولو بنى حوانيت وبيوتاً للغلة والكراء لَقَاصَّ نفسه بما قبض من الخراج حتى يستوي ما أنفق في ذلك حسبما يأتي في رسم حمل صبياً من سماع عيسى بعد هذا وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: شك في طوافه

وسئل عن رجل حبس منازلَ له على ولده وَكُنَّ أربعَ بنات وقد بلغن وتزوجن وحزن أموالهن ودفع إليهن أموالهن وكان عَمٌّ لهن يَلِي حبسهن فاتهمنه في غلتهن وطلب بعضهن أن تُوَكَّل بحقها ويدفع ذلك إليها، قال: أرى أن يُنْظَرَ في ذلك، فإن كان حسن النظر لم أر ذلك لها، وإن كان غير ذلك رأيت أن يجعل معه من يوكله بذلك.

قال محمد بن رشد: قوله وكان عم لهن يَلِي حبسهن، معناه أنه كان يليه بجعل المحبس

ذلك إليه، إذ لو كان يليه بجعلهن ذلك هن إليه لكان لمن شاءت منهن أن توكل بحقها من شاءت سواه، ولم يكن للسلطان في ذلك نظر، لأن لكل واحدة منهن أن تعزله عن النظر لها إن شاءت متى شاءت، وقولُه ينظر في ذلك فإن كان حسن النظر يريد ثقة مأموناً غير متهم لم أر ذلك لها، وقوله وإن كان على غير ذلك يريد سيِّىءَ النظر أو غير مأمون رأيت أن يجعل معه من توكله بذلك، وإنما رأى لها أن توكل بحقها ولم تعزله عن النظر لكونه سيِّىءَ النظر غير مأمون من أجل أنهن مالكات لأمورهن، وقد رضي به بعضهن وَلَوْ لَمْ ترض به واحدة منهن لعزله القاضي عنهن وكان من حقهن أن يوكلن من رضين به، ولو كُن غير مالكات لأمور أنفسهن لوجب إذا ثبت عند السلطان أنه سَيئَ النظر غير مأمون أن يعزله ويقدم سواه، ولم يلتفت إلى رضا من رضي به منهن، وقد رأيت لابن دحون أنه قال لو اتهمه جميعُهن لكان لهن إخراج ذلك من يديه، وإنما بقي في يديه لأنهن اختلفن فاتهمه بعضهن ولم يتهمه الباقون، وفي قوله نظر فتدبره وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن الفرس يحبس في سبيل الله فيعطاه رجل فيأتي بعض من يريد أن يُنْزِيَه فيمنعه من ذلك أترى ذلك واسعاً؟ قال: نعم النزو يُضْعِف فأرى أن يمنعه ويستبقيه لما جعل له فيه، قال مالك وكذلك الإبل.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله لا إشكال فيه ولا موضع للقول وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل حبس عدقين عَلى مسجد في مصباحه ومرَمّتِهِ في دار من دور الأنصار، فانقرض أهل تلك الدار وسكنها قوم آخرون وبقي رجل من أهل تلك الدار الذين انقرضوا فانتقل ذلك الرجل إلى دار أخرى وأخذ تَمَرَ ذينك العدقيْن يَأكُلُهُمَا ويصنع فيهما ما شاء فَكُلِّمَ في ذلك، فقال إنما كان ذلك حين كان أهل الدار ثَم فَلَما انقرضوا فهما لي أصنع فيهما ما شئتُ، قال مالك: ليس ذلك له، وهما على ما وضعهما عليه صاحبها من شأن المسجد من مصباح المسجد ومرمته.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، إذ لا تَعَلُّقَ لحبسه بسكنى الأنصار في الدار، لأنه إنما حبس العدقين اللذين كَانَا له مِلكاً ومَالاً في دار الأنصار، ولم يقل إنه حبسهما ما دامت الدار للأنصار ولا في لَفْظِهِ في التحبيس ما يدل على ذلك فلا يصدق فيه إن

ادعاه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل حبس داراً له على ولد له وابن أخ له حَيَاتَهُمَا ولم يجعل لعقبهما شيئاً، ومرجعُهما إليه، فأراد أن يشتري صاحب الحبس من ابن أخيه ما حبس عليه، واستغنى ابنُ أخيه عنها فأراد يبيعها من الذي حبسها عليه قال: ذلك جائز وكره أن يبيعها من غيره، وقال كيف يشتريها غيره ولا يدري ما يعيش.

قال محمد بن رشد: مثل هذا في المدونة في كتاب الصلح وكتاب الوصايا وفي غير ما موضع من هذا الكتاب، ومن كتاب الصدقات والهبات من ذلك ما وقع في رسم طلق بعد هذا من هذا السماع وفي رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات وفي رسم أصبغ منه، وإنما جاز ذلك وإن كانت مدة حياتهما مجهولة لأنه يملك بذلك التصرف في الدار، فكأنه إنما ابتاع رقبتها، وكذلك ورثته يُنَزَّلون منزلةً في اشتراء السكنى منه، ولا يجوز لأحد منهم أن يشتري أكثر من حظه منها عند ابن القاسم، وأجاز ذلك المخزومي، ولم يجز ابن كنانة لأحدهم أن يشتري قدر نصيبه إلا أن يجتمعوا فيشتروا الجميع، وقول ابن القاسم هو الصحيح في النظر، لأن أَحَد الورثة إذا اشترى قدرَ حظه من السكنى يملك بذلك التصرف في حظه، وكذلك يجوز للمحبس عليهما السكنى حياتهما أن يشتريا المرجع من الذي يرجع إليه فيملك بذلك رقبة الدار على ما قاله في المواضع المذكورة من هذا الكتاب ومن كتاب الصدقات والهبات، ووقع في رسم البيوع الأول من سماع أشهب بعد هذا من هذا الكتاب أنه لا يجوز لمن حبست عليه وصيفة حياتَه أن يبتاع المرجع من غرماء المحبِّس، فقيل إن ذلك اختلاف من القول، وقيل ليس ذلك باختلاف منه، ويجوز للمُخَدم حياته أن يشتري مرجع الجارية من الذي أخدمه إياها فيملك بذلك الرقبة ملكاً تاماً، ولا يجوز له أن يشتريه من غرمائه إذا كان عليه دين، والأول أظهر أن ذلك اختلاف من القول، لأن حقّ الغرماء ليس في عين مرجع الوصيفة، وإنما هو في ذمة المحبس وعلى ملكه يباع، فلا فرق بين أن يبيعه عليه الغرماء في دَيْنِهم أو يبيعه هو ليؤدي دينه أو لبعض حاجته فيما يجوز من ابتياع المرجع، وكذلك لو بيع بعد موت المحبس فيما عليه من الدين، لأن الدين إنما هو في ذمة الميت لا في عين التركة على الصحيح من الأقوال، ولأنه يملك الرقبة باشتراء المرجع، اشتراه من الذي أخدمه أو من ورثته أو من غرمائه، ولا يجوز على القول الآخر اشتراه منه أو من ورثته أو من

غرمائه، لأنه غرر، إذ لا يدري متى يرجع المرجع إلى الذي باعه منه، ووجه التفرقة بين الموضعين أن المُخْدِم والمُحبس لما كانا فعلا معروفاً بمن أخدماه وأسكناه جاز لهما أن يشتريا الخدمة والسكنى ليملكا بذلك التصرف في الدار أو العبد بالبيع فيكونا إذا فعلا ذلك كأنهما إنما اشتريا الرقبة جاز لهما أن يبيعا منه المرجع من المخدم والمسكن، لأنه يملك بذلك الرقبة، ولما كان الغرماء لا يجوز لهم اشتراء الخدمة لم يجز لهم بيع المرجع.

ولا يجوز باتفاق اشتراء الخدمة أو السكنى لغير الذي له الرقبة ولا اشتراء المرجع لغير الذي له الخدمة والسكنى، وينزل ورثة المحبس والمخدم منزلة موروثهما فيما يجوز لهما من اشتراء الخدمة أو السكنى، ويُخْتَلَفُ هل ينزل الموهوب الخدمة والسكنى منزلة الواهب في جواز ابتياع المرجع، وهل ينزل الموهوب له المرجع منزلة الواهب في جواز ابتياع الخدمة والسكنى على قولين، الأظهر منهما أنه ينزل منزلتهما في ذلك على ما قاله في العَرَايَا من المدونة من أنه يجوز لمن أسكن رجلاً حياته أن يبتاع السكنى ممن وهب إياه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالكٌ عن الحبس يحبسه الرجل على ولده ويقول إن تزوجت امرأة فلا حقّ لها، قال إني لأكره هذا من العمل، قال عيسى قال ابن القاسم وأنا أكره ذلك، فإن كان صاحب الحبس حياً رأيت أن يفسخه ويجعله مُسْجَلاً ولو مات صاحبه حتى ينفذ ذلك لم أَر للقاضي أن يفسخه لم يكن قول ابن القاسم في رواية سحنون وأنكره ولم يعرفه.

قال محمد بن رشد: قد مضى الكلام على هذه المسألة في أول رسم من السماع فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: الشجرة تطعم بطنين في السنة

وسئل مالك عن رجل حبس داراً له حبساً في ثلثه لم يجعل لها مخرجاً فكيف ترى أن تقسم؟ قال أرى أن تقسم على ذوي الحاجة، قيل فإن له ولد محتاجين وأغنياء أفترى أن يعطوا منها، قال: لا، ولكن أرى أن يعطي المحتاجين منهم منها مع غيرهم من المحتاجين.

قال محمد بن رشد: مثلُ هذا في المدونة وفي رسم لم يدرك من سماع عيسى أن من حبس حبساً ولم يجعل له مخرجاً فسبيله أن يكون حبساً على الفقراء والمساكين،

وقوله في الدار المحبسة على هذا السبيل إنها تقسم على ذوي الحاجة، يريد يُقْسَم سُكْنَاهَا عليهم، ومن حصل في مسكن منها لم يخرج منه لغيره إلا أن يستغني، وقوله إنه يعطي ولده المحتاجون منها مع غيرهم من المحتاجين صحيح، لأن الميت لم يُوصِ بذلك فتكون وصية لوارث، وإنما هذا أمر يفعله الناظر في تنفيذ الوصية باجتهاده، وسواء كانوا يوم أوصى بالتحبيس محتاجين أو أغنياء ثم احتاجوا بعد ذلك لأنها إنما ردت إلى المساكين بالحكم فوجب أن يستوي في ذلك ورثته وغيرُهم، كمرجع الحبس، ولو أوصى بِتحبيسها على المساكين لكان الحكم في ذلك حكم من أوصى بصدقة ثلث ماله على المساكين فلم يقسم حتى افتقر بعضُ ورثته أو كانوا فقراء، فقال مطرف إنهم يعطون من الثلث في الحالتين، وقال ابن القاسم في رواية أصبغ عنه إنهم لا يعطون من الثلث شيئاً في الحالتين أيضاً، وفرق ابنُ الماجشون بين الحالتين، فقال إن كانوا يوم أوصى مساكينَ لم يُعْطَوا منه، لأنه أوصى وَهُوَ يعرف حالهم، فكأنه قد أزاحه عنهم، وإن كانوا يوم أوصى أغنياء ثم افتقروا أُعْطُوا منه.

ولو حبس في صحته أصلاً يجري غلته على المساكين لأعطى ورثته الفقراء منه، كانوا يوم مات أو يوم حبس فقراء أو أغنياء ثم افتقروا بعد ذلك، حكى ذلك ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، وقالا: إن بذلك حكمت القضاةُ يرى مالك وغيره من الفقهاء، غير أنهم لا يعطون جميع غلة الحبس مخافة أن يدرس شانه وينقطع التحبيس منه، ولكن يبقى منه سهم يجري على المساكين ليبقى بذلك اسمُ الحُبُسِ ويكتب على الورثة كتاب بأنهم إنما أعطوا منه على المسكنة والحاجة لا على أن لهم فيه حقًّا دون المساكين وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عمن حبس على رجل وعلى أهله أو سُقاً مسماة من حائط، فهلك رجل من ولد ذلك الرجل الذي حبس عليه وعلى أهله، وولد ولد لم يكن حيا في حياة الجد يوم حبس عليه، أترى أن يدخل في الصدقة؟ قال: نعم، هو من أهله.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن الرجل وأهله هم المنتسبون من الرجال والنساء إلى من ينتسب إليه فولده وولد ولده من أهله وهُم غيرُ معينين فيدخل فيما حبسه عليهم من كان حيا يوم القسمة وإن كان ولد بعد التحبيس، ولا خِلَافَ في هذا، كما أن من حبس على ولده فيدخل في حبسه من ولد من ولد ولده بعد التحبيس وإن سفُلُوا، وقد مضى في صدر أول رسم من هذا السماع الكلامُ على الآل والأهل فلا

معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أسكن رجلاً بيتاً له ولعقبه ما عاشوا وما عمروا فيه من شيء فهو لهم، فأراد الذي أسكنه في ذلك أن يرجع أترى ذلك له؟ قال: لا، ثم قال أخذ على ذلك ثواباً؟ قال: لا، وكان في كتاب سكناهم ابتغاء وجه الله، قال: لا أرى ذلك له، فقال له منذ كم كان؟ قال: منذ سنين، قال ليس ذلك له.

قال محمد بن رشد: ليست هذه المسألة في كل الروايات، وهي مسألة صحيحة لا اختلاف في المذهب في أنَّ من حبس أو وهب أو تصدق ليس له أن يرجع عَنْ ذلك، ويحكم به عليه وإن كان لم يقبض منه إن كان لمعين باتفاق، وإن كان لغير معين فعلى اختلاف، والقولان قي المدونة على اختلاف الرواية فيها، والإسكان في هذه المسألة لمعين، فلا اختلاف فيه، والسؤال إنما هو هل له أن يرجع فيه ما لم يقبض منه، إذ من أهل العلم من يرى أَلَّا يُحكم به عليه ما لم يقبض منه، وأما إذا قبض منه فلا كلام فيه، وإنما سأله هل أخذ في ذلك ثواباً لأنه لو أخذ في ذلك ثوابا اشترطه لكان بيعاً فاسداً يجب فسخه وبالله التوفيق.

ومن كتاب طلق بن حبيب

وسئل عن قوم حبست عليهم ثمرة يجري عليهم في كل عام، فبلغت الثمرة الإِبار فأَبَّرُوها ثم ولد لرجل منهم بعد الإِبار ولد فلما حضر القسم قال أنا أريد أن آخذ لولدي، وكان ممن أدخل في الصدقة، قال ذلك له يأخذ بقدر ما جعل له فيه.

قال محمد بن رشد: هذا على القول بأن الثمرة لا تجب للمحبس عليهم إلَّا بالطياب، وهو أحد القولين في رسم اغْتسل، وعلى القول الثاني فيه أنها تجب لهم بالإبار إذا كانوا هم قد سقوا وأبروا، لا يكون لمن ولد بعد ذلك فيها حق، وقد مضى تحصيل الاختلاف في ذلك هنالك موعَباً مستقصى، فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم وسئل مالك عن رجل كانت عنده امرأة وأنه اشترى متاعاً من متاع البيت من نحاس طست ومهران وغيره، وأشهد لها أنه لها حياتَها تستمتع به، ثم إنه فارقها وخاف أن تُبْدِلَهُ وتأتي بغيره، فأردت أن أزنه عليها، قال: الوزن يختلف وينقص، لا أرى ذلك، ولكن أكتب صفته وأشهد على معرفته وأنقش فيه إن أردت، ثم قال له:

اشتره منها، قال قد فعلت فأبت فقال: أشهد على ما قلت لك من صفته ومعرفته، وأكتب بذلك كتاباً وأستاني به أن تبيعك إياه أو تشتريه منك.

قال محمد بن رشد: أجاز مالك في هذه المسألة للرجل أن يشتري من المرأة ما أَمْتَعَهَا إياه حياتَها، ولها أن تشتري منه مرجع ذلك، فيصح لكل واحد منهما بالشراء مِلْكُ الأصل وينفرد به ولا خلاف في جواز شرائه هو لِمَا أمتع المرأة، وإنما الاختلاف في جواز شراء المرأة للمرجع على ما ذكرناه في رسم شك من الاختلاف في تأويل ما وقع في رسم البيوع الأول من سماع أشهب هل هو خلاف لسائر الروايات أو يفرق بين المسألتين، وقد مضى الكلام على ذلك مستوفى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن قوم كانت لهم دار حُبُسٌ فباعوها وأدخلوها في المسجد قال أرى أن يشتروا بالذهب داراً أخرى يجعلونها في صدقة أبيهم، قيل له أفيقضي عليهم بذلك؟ قال: لا، إلَّا أن يتطوعوا، فقيل له أفترى لهم أن يشتروا بها داراً؟ قال: نعم، إني لأرى ذلك لهم. قال محمد بن رشد: قولُه وأدخلوها في المسجد يدل على أن ذلك جائز في كل مسجد، مثل ما في نوازل سحنون بعد هذا من هذا الكتاب خلافُ ما حكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ من أن ذلك لا يجوز إلَّا في مساجد الجوامع إذا احتيج إلى ذلك، وأما مسجد الجماعات فلا، إذ ليست الضرورةُ في ذلك مثلَ الجوامع، وفي النوادر لمالك أن ذلك في كل مسجد مثل ظاهر هذه الرواية، وقولُ سحنون في نوازله وقولُ مالك إنه لا يقضي عليهم أن يشتروا بالثمن داراً يجعلونها حُبساً كما كانت التي باعوا هو قولُ ابن القاسم، وقال ابنُ الماجشون يقضي بذلك عليه، ولو استحقت فأخذ فيها ثمناً فإنه يصنع فيه ما شاء، قاله مالك وابن القاسم، وظاهر قوله فباعوها وأدخلوها في المسجد أنهم طاعوا بذلك وفعلوه باختيارهم، وقد اختلف الشيوخ المتأخرون إذا أبَوا من ذلك في المسجد، فقال أكثرهم تؤخذ منهم بالقيمة جبْراً على ما أَحَبُّوا أو كرهوا، وهو الذي يأتي على قياس قول مالك في هذه الرواية وما روى عن ابن القاسم أيضاً من أنه لا يحكم عليهم بجعل الثمن في دار أخرى تكون حبسا مكانها لأنه إذا كان الحقّ يوجب أن تؤخذ منهم بالقيمة جَبْراً صار ذلك كالاستحقاق الذي يبطل الحبس، فلا يجب صرف الثمن المأخوذ فيه في حبس مثله، ويأتي على قياس قول ابن الماجشون إنه يقضي عليهم أن يجعلوا الثمن الذي باعوها به في دار أخرى تكون حبساً مكانَها أنه لا يقضي عليهم ببيعها إذا أبَوا،

لأنهم إذا باعوها باختيارهم في موضع لا يحكم عليهم به لو امتنعوا منه كان الحكمُ عليهم بصرف الثمن في دار تكون حبساً مكانَها واجباً لما في ذلك من الحقّ لغيرهم إن كان الحبس معقباً، وكذلك إن كان عليهم بأعيانهم على القول بأنها ترجع بعدهم إلى أقرب الناس بالمُحبس حبساً وقد روى أبو زيد عنه في الثمانية أنه يقضي عليهم ببيعها ليتوسع بها في المسجد الجامع، فقولُه إنه يقضي عليهم بجعل الثمن في دار تكون حبساً مكانها ليس على أصله، فلعله إنما قال إنه يقضي عليهم بذلك فيما عدا المسجد الجامع من المساجد، ومن مذهبه أنه لا يقضي عليه ببيعها إلّا في المسجد الجامع وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن بقرات أوصى بهن رجل أن يقسم أَلْبَانُها في المساكين كيف يُصْنَعُ بها إن ولدت، قال ما ولدت من أنثى كان كسبيلها يحبس معها، وما ولدت من ذكر حُبِّسَ لنزوها، فإن كثر الذكور عن نزوها بيع ما فضل عن ذكورها واشترى به إناث فزيد فيها، وما كبرت من أنثى حتى ينقطع لبنها بيعت فردت فيها، فاشترى بها إناثاً يرد ما يباع منها فيها من ذكورها وما كبر من إناثها في إناث يجعلهن معها وفي مصلحتها في عُلُوفَتها يعمل فيها كما يعمل الرجل في ماله، إلّا أنه لا يباع من إناثها شيء له منفعة، وما بيع من فضل ذكورها وكبار إناثها رُدَّ في إناث تشتري معها وفي علوفتها.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة جيدة حسنة صحيحة على معنى ما في المدونة من أن ما ضعف من الدواب المحبسة في سبيل الله أو بَلِيَ من الثياب حتى لم يكن في الدواب قوة للغزو، ولا في الثياب منفعة، فإن ذلك يباع ويشترى بثمن الدواب غيرُه من الخيل فيجعله في السبيل، فإن لم يبلغ ذلك ما يشتري به فرساً أو هجيناً أو برذوناً أعين به في ثمن فرس، ويشتري بثمن الثياب ثيابا ينتفع بها، وإن لم يبلغ ذلك ما يشتري شيء ينتفع به فُرِّقَ في السبيل، خلافُ ما روى غيره من أن ما جُعِلَ في سبيل الله من العبيد والثياب لا يباعُ، وقال لو بيعت لبيع الرَّبْعُ المحبس، وهو مذهب ابن الماجشون أن من تصدق على قوم بغلام له صدقة محرمة فلا يجوز إن كبر فتخلف وكثرت سرقاته وإباقه أن يباع ويشترى بثمنه غيره يكون مكانه على مثل ما كان عليه من التحريم والحبس، إلّا أن يكون شرط ذلك في تحريم صدقته، قال: وكذلك لو تصدق بالبعير أو التيس من غنمه للضراب صدقة محبسة فلا يجوز إنْ كَبِرُوا فانقطع ضرابهم أن يباعوا ويشتري بثمنهما غيرُهما إلّا أن يكون شرط المتصدق ذلك في أصل تحريم صدقته وموضع

الخلاف في ذلك إنما هو في بيع ما كثر من الذكور عن نزوها ليشتري به إناثا لها دَرٌّ وفي بيع ما كبر من الإناث فانقطع دَرُّها ليشتري به إناثاً لها دَرٌّ وأما بيع ما كثر من الذكور عن نزوها أو كبر من الإناث فانقطع درها فيما يلزم من علوفتها والقيام عليها في رعيها فلا اختلاف في جواز ذلك.

لأن الأحباس في جواز بيعها والاستبدال منها إذا انقطعت المنفعة منها تنقسم على ثلاثة أقسام قسم يجوز بيعه باتفاق، وهو ما انقطعت منفعته ولم يرج أن يعود وفي إبقائه ضرر، مثلُ الحيوان الذي يحتاج إلى الإنفاق عليه ولا يمكن أن يستعمل في نفقته، فيضر الإِنفاق عليه بالمحبس عليه أو ببيت المال إن كان محبساً في السبيل أو على المساكين، وقسم لا يجوز بيعه باتفاق وهو ما يرجى أن تعود منفعته ولا ضرر في بقائه، وقسم يختلف في جواز بيعه والاستبدال به، وهو ما انقطعت منفعته فلم يرج أن يعود ولا ضرر في إبقائه. وَخَرَابُ الربع المحبس الذي اختلف في جواز بيعه من هذا القسم وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: سَنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم

وسئل مالك عن رجل حبس حبساً على ذكور ولده لا يباع ولا يورث حتى يرثها الله، فانقرض ذكورُ ولده، قال: أراها حبسا على بنات ذكور ولده وعلى العصبة إلا ألّا يكون فيها سعة، فيكون بنات ذكور ولده أحق بها يُبَدَّيْنَ على العصبة إن لم يكن لهم فيها سعة.

قال محمد بن رشد: قوله إنها ترجع حبساً بعد انقراض ذكور ولده، صحيح لا اختلاف فيه، لوجهين أحدهما أن ذكور ولده غير معينين لأنه يدخل في ذكور ولده ذكور ولد ولده ما سفلوا، والثاني قوله لا يباع ولا يورث حتى يرثها الله، ولو قال لا تباع ولا تورث ما عاشوا أو حتى ينقرضوا لرجعت إليه بعد انقراضهم ملكاً مطلقاً ولورثته إن كان قد مات، ولو قال ما عاشوا أو حتى ينقرضوا ولم يقل لا تباع ولا تورث لرجعت إليه ملكاً مطلقاً عند مطرف، وقد مضى هذا المعنى مستوفٍ في أول رسم من السماع فلا معنى لإعادته.

وقوله: إنها ترجع حبساً على بنات ذكور ولده وعلى العصبة معناه إذا لم يكن له بنات لصلبه، لأن بناته أقرب إليه من بنات بنيه، وقد مضى في أول رسم من السماع ذكر من يرجع إليه الحبس حبساً بعد انقراض المحبس عليهم وما في ذلك من

الاختلاف في النساء فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم في اتخاذ المساجد على القبور إنما أَكْرَهُ من ذلك هذه المساجد التي تبنى عليها، فأما لو أن مقبرة عفت فبنى قوم عليها مسجدا فاجتمعوا للصلاة فيه لم أر بذلك بأساً.

قال محمد بن رشد: إنما كره اتخاذ المساجد على القبور صيانة لها ليلاً يكون ذلك ذريعة إلى الصلاة عليها، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اللهُمَّ لَا تَجْعَلْ قَبْرِي وَثَناً بَعْدِي يُعْبَدُ اشْتَدَّ غَضَبُ اللهِ عَلَى قَوْمٍ اتَّخَذُوا قُبُورَ أَنْبِيَائِهِمْ مَسَاجِدَ"[1] وأما إذا عفت المقبرة وانقطع الدفن فِيها عن ذلك.

قال العلامة الشوكاني: قال العلماء: إنما نهى عليه السلام عن اتخاذ قبره وقبر غيره مسجداً خوفاً من المبالغة في تعظيمه والافتتان به وربما أدى ذلك إلى الكفر كما جرى ذلك في الأمم الخالية، ولما احتاج الصحابة رضي الله عنهم والتابعون إلى الزيادة في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم حين كثر المسلمون، وامتدت الزيادة إلى أن دخلت بيوت أمهات المؤمنين فيه، وفيها حجرة عائشة مدفن رسول الله صلى الله عليه وسلم وصاحبيه أبي بكر وعمر، بنوا على القبر حيطاناً مرتفعة حوله لئلا يظهر في المسجد فيصلي إليه العوام ويؤدي إلى المحذور، فلا بأس أن يبني عليها مسجد للصلاة فيه، لأن المسجد والمقبرة حبسان على المسلمين لصلاتهم ودفن موتاهم، فلا بأس أن يستعان ببعض ذلك في بعض وينقل بعضه إلى بعض على أنفع ذلك لهم وأرفقه بهم وأحوجه ما هم إليه، قال ذلك ابن الماجشون في الواضحة، وإذا بنى المسجد على المقبرة لم يتناول المُصَلِّي فيه نُهي النبي عليه السلام عن الصلاة في المقبرة[2] عند من حمل الحديث على عمومه في جميع المقابر من أجل الحديث،

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٤١٥)، وأخرجه أحمد في مسنده (٧١٨٥)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (١٩٤٣)، وأخرجه مالك في الموطأ برواية الزهري (٣٨٥)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٥٣٠)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٧٣٧٠)، وأخرجه ابن عبد البر في التمهيد (٧٢٨).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٧٥٤)، وأخرجه الدارمي (١٣٥٩)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٢٣٦٨)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (١٢٥١)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦٥١٣)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (١٢١٤)، وأخرجه ابن المنذر في الأوسط في السنن (٧٣٦)، =

لأنها قد خربت من أن تكون مقبرة وتحولت إلى ما تحولت إليه من كَوْنها مسجداً والدليل على ذلك ما جاء من أنه كان في الموضع الذي بنى فيه النبي عليه السلام قبورٌ للمشركين فأمر بها فَنُبِشَت، وقد روى أبو المصعب عن مالك كراهية الصلاة فيها للحديث، وهذا الذي ذهب إليه عبد الوهاب قال تُكْرَهُ الصلاة فيها، إلَّا أن تكون فيها نبش، فلا تجوز الصلاة فيها، والمشهور المعلوم من مذهب مالك إجازة الصلاة فيها إما لأن الحديث لم يصح عنده، وإما لأنه حمله على أن المراد به مقابر المشركين كما فعل ابنُ حبيب وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله أخذ يشرب خمراً

قال: وسئل عن رجل حبس حبساً وحبس على ابنين له منزلاً بعينه وقال في حبسه: وما كان لي من ابنة فهي معهما في حبسهما، أترى بنات ابنه يدخلن معهما في ذلك الحبس الذي لابنيْه؟

قال مالك: نعم، أرى أن يدخلن في ذلك.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، ومثله من قوله في رسم العشور من سماع عيسى بعد هذا: وذلك لأن بنت الابن تسمى بنتاً ولها حكم البِنْتِ وفي الميراث إذا لم يكن للميت ابن ذكر ولا أنثى، بخلاف بنت الابنة لأنها وإن كانت تسمى ابنة بدليل قول النبي عليه السلام في الحسن: إن ابني هذا سيد[1]، فليس لها حكم البنت في النسب ولا في الميراث وبالله التوفيق.

=

وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٨٧٩)، وأخرجه ابن حزم في المحلى بالآثار (٩١٩)، وأخرجه ابن عبد البر في التمهيد (٧٣٠).

(١) أخرجه البخاري (٣٤٨٧)، وأخرجه الترمذي (٣٥٨٣)، وأخرجه أبو داود (٣٨٨٨)، وأخرجه النسائي في سننه (١٣٩٥)، وأخرجه أحمد في مسنده (٢٠٠١١)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٧١٢٢)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٤١٦٧)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٩٦٨٢)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٢٣٩٨)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣١٤٩٩)، وأخرجه معمر بن راشد في الجامع (١٥٩٢)، وأخرجه الطبراني في معجمه الصغير (٧٦٨)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (١٥٥٨)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (١٥٢٨٩)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٣٨٤٣)، وأخرجه ابن عبد البر في التمهيد (٦٦٦).

مسألة:

وسئل مالك عمن تصدق على ابنتين بدار على وجه الحبس وكتب لهما في كتاب صدقته، قال إن شاءتا باعتا، وإن شاءتا أمسكتا، فَرَهَقَ ابنتيه دين كثير دَايَنَتَا به الناس، فقام عليهما الغرماء فقالوا: نحن نبيع الدار قد كتب أبوكما في صدقته إن شئتما بعتما، وإن شئتما أمسكتما، قال مالك: صَدَقُوا ذلك لهم أن يبيعوا الدار حتى يستوفوا حقوقهم.

قال محمد بن رشد: لمالك في كتاب ابن المواز خلافُ قوله هذا إنه ليس للغرماء ذلك، وهو الذي يأتي على مَا لَهُ في كتاب التفليس من المدونة في الرجل يُفَلَّسُ وله أم ولد ومَدبرون ولهم أموال، أنه ليس للغرماء أن يجبروه على أن يأخذ أموالهم فيقضيها إياهم، ولا لهم أن يأخذوها إلَّا أن يشاء هو أن يفعل ذلك وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل حبس حبساً في مرضه داراً له وجعلها بعد حبسه في سبيل الله حبساً، فأراد أن يغير ذلك في مرضه أذلك له؟ قال: نعم، ذلك له. قال محمد بن رشد: قوله إن له أن يغير ذلك في مرضه يريد فينفذ تغيره ويبطل الحبس إن مات من مرضه ذلك، وأما إن صح فيلزمه الحبس ويُحْكَمُ به عليه وإن كان قد رجع عنه وغيره في مرضه، ووجه ذلك أنه لما كان الحبس لا ينفذ إن مات من مرضه ذلك إلَّا من الثلث حكم له بحكم الوصية في أن له أن يرجع فيه، فعلى قياس هذا إن مات من مرضه قبل أن يغير حبسه وقد أوصى بوصايا مال، فلم يحمل ذلك ثُلُثُه تَحَاصاً في الثلث ولم يُبَدَّأ الحبس المبتل في المرض على الوصية بالمال، وهذا أصل قد اختلف فيه قولُ مالك فيمن بَتلَ عتق عبد له في مرضه وأوصى بعتق عبد له آخر، فروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك أن المبتل في المرض يُبَدَّأُ على الموصى بعتقه، وأخذ بذلك ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وابن دينار، وإياه اختار محمد بن المواز فعلى هذا لا يجوز للمريض تغير ما حبسهُ في مرضه ولا ما بَتَّلَ عتقه فيه، وروى أشهب عن مالك أنهما يتحاصان المبتل في المرض والموصى بعتقه فيه، قال أشهبُ وإنما ذلك عندي بمنزلة ما لو أوصى بعتق عبدين له في مرضه، ثم قال في أحدهما: إن صححت من مرضي فهو حرّ، فمات من مرضه أنهما يتحاصان، وقال محمد بن المواز أما هذا فكما قال، ولا يشبه ذلك أن يوصي بعتق أحدهما ويبتل عتق الآخر في مرضه، بأن يقول له أنت حُرّ بَتْلاً عشت أو مت، وقد قال لي بعض أصحاب مالك إن مالكاً رجع إلى هذا

القول، وعليه لقي الله عزْ وجل، فقولُهُ في هذه الرواية له أن يغير حبسه الذي حبسه في مرضه يأتي على قول مالك هذا الذي رَجَعَ إليه من أنهما يتحاصان ولا يُبَدَّأُ المبتل في المرض على الموصي بعتقه، وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

ومن كتاب أوله: يسلف في المتاع والحيوان

وسئل مالك عن حائط كان صدقة فلم يزل ذلك يجرى على ولده للذكر مثل حظ الأنثيين فتزوج الرجل منهم المرأة ثم يموت فتذهب المرأة ولا حقّ لها وتتزوج المرأة من بناته ثم تموت فيذهب ولدها ولا حقّ لهم ويرجع نصيبها على من بقي من ولده، فلم يزل ذلك حتى بقي بَعْدُ امرأة ورجلٌ فكانا يأخذان للذكر مثل حظ الأنثيين، ثم مات الرجل فصارت للمرأة الصدقة تأخذها كلها، ثم هلكت وتركت أولاداً وَشَهِدَ رجالٌ بالسماع أنهم لم يزالوا يسمعون أنها صدقة، هل ترى لولد المرأة في ذلك حقًّا قال مالك: لا، ولكن ترجع إلى الأقرب فالأقرب من عصبة المتَصَدِّقِ حُبُساً عليهم، قال عيسى قلت لابن القاسم لم كانت للذكر مثل حظ الأنثيين؟ قال: اشترط ذلك.

قال محمد بن رشد: قولُه وسئل عن حائط كان صدقة فلم يزل ذلك يجري على ولده، معناه وسئل عن حائط كان صدقة تصدق به رجل على ولده فلم يزل ذلك يجري على ولده للذكر مثل حظ الأنثيين، وقوله وشهد رجال بالسماع أنهم لم يزالوا يسمعون أنها صدقة معناه لم يزالوا يسمعون أنها صدقة يتصدق بها ذلك الرجل حبساً صدقة على ولده، هل ترى لولد المرأة في ذلك حقاً؟ فقال: لا، وذلك على مذهبه الذي يختلف فيه قولُه أن من حبس على ولده فلا يدخل في حبسه أولاد البنات إذ ليسوا بولد لهم حكم الولد في الميراث والنسب، لأنهم وإن كانوا في حكم ولده في حقيقة التسمية في اللغة فهم ولد رجل آخر في التسمية والميراث والنسب، فهو بهم أولى.

وقوله: إنها ترجع إلى الأقرب فالأقرب من عصبة المتَصَدِّق حبساً عليهم صحيح بين لا اختلاف فيه، لأنه حبس على غير معينين فلا ترجع إلى المحبس ملكاً في قول مالك وأصحابه أجمعين، إلّا أن يقول ما عاشوا فترجع إليه ملكاً على قول مطرف منهم خالصة، وقد مضى هذا في أول رسم وفي غيره من المواضع وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم في رجل قال داري حبس على امرأتي ما عاشت فلم يُجِزْ ذلك الورثة، قال: ترجع ميراثاً على فرائض الله إن شاؤوا باعوا، وإن شاؤوا أمسكوا.

قال محمد بن رشد: معنى هذه المسألة إذا حبس الدار عليهما ما عاشت في مرضه الذي توفي منه أو أوصى بذلك، وقوله إنها ترجع ميراثاً على فرائض الله إذا لم يُجِز ذلك الورثةُ معناه على أحد قولي مالك في أن الحبس على معين يرجع بعد انقراض المحبس عليه إلى المحبس ملكاً أو إلى ورثته بعده، وأما على قوله الآخر إنها ترجع إلى أقرب الناس بالمحبس حبساً ولا ترجع إليه ملكاً مطلقا فإذا لم يُجِز ذلك الورثةُ يدخلون معها في سكنى الدار حياتها، فإذا ماتت رجعت الدار إلى أقرب الناس بالمحبس حبساً وسقط حقهم فيها، ولو أسكنها في مرضه الدار ما عاشت أو أوصى لها بذلك لرجعت إذا لم يُجِزِ الورثةُ ميراثا باتفاق والله الموفق.

مسألة:

قيل لابن القاسم فإن قال داري هذه حبس على امرأتي ما عاشت وبقية ثلثي لفلان وثلث الدار، قال ابن القاسم: يقال للورثة أسلموا لامرأته ما حبس عليها، فإن قالوا لا، فهم معها على فرائض الله يسكنون، فإذا انقرضت امرأته صارت الدار لِلذي أوصى له ببقية الثلث فإن أسلموا لامرأته الدار لم يكن للذي أوصى له ببقية الثلث شيءٌ حتى تموت امرأته فإذا ماتت المرأة أخذ الذي أوصى له ببقية الثلث الدارَ، قال ابن القاسم: وسواء عليه قال في هذا الموضع حبسا أو سكنى.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة يُبَينها ما ذكرناه في المسألة التي فوقها، وقول ابن القاسم في آخرها وسواء عليه قال في هذا الموضع حبساً أو سكنى، صحيح لأنه قد بين المرجع ونص عليه بقوله وبقية ثلثي لفلان فلا يدخل في هذه المسألة اختلافُ قول مالك فيمن حبس على معين هل يرجع الحبس إليه أو إلى أقرب الناس به حبساً عليهم، كما دخل في المسألة التي فوقها وبالله التوفيق.

مسألة:

مثال ابن القاسم: وإن أسكن داراً له أجنبياً حياته ثم مات الذي أسكن رجعت ميراثاً لأقرب الناس بالمُسْكِنِ يوم مات المُسْكَن، وإن حبس على أجنبي حياته ثم مات الذي حبس عليه رجعت حبسا على أقرب الناس بالمحبس يوم ترجع.

قال محمد بن رشد: أما إذا أسكن داراً له أجنبياً حياته فلا اختلاف ولا إشكال في أنها ترجع إلى المُسْكِن ملكاً يوم مات المُسْكَن، وأما إذا حبس على أجنبي حياته ثم مات الذي حبس عليه، فقيل إنها ترجع إلى المحبس ملكاً مطلقاً وقيل إنها ترجع إلى أقرب الناس به حبساً عليه اخْتَلَفَ في ذلك قولُ مالك، فقوله في هذه المسألة رجعت

حبساً على أقرب الناس بالمحبس يوم ترجع يريد على أحد قولي مالك، وهذه المسألة تبين أنه لا فرق إذا حبس على معين بين أن يقول حياتَه أو يسكت عن ذلك في أن اختلاف قول مالك يدخل في ذلك دخولا واحداً خلافُ ما ذهب إليه محمد بن المواز من أنه إذا حبس على معين وقال حياتَه أو سمى أَجَلاً خرجت المسألة من الخلاف حسبما ذكرناه عنه في أول رسم من السماع وبالله التوفيق.

ومن كتاب الشريكين يكون لهما مال

قال: وسألت مالكاً عن رجل حبس داره على مواليه ثم هلكت فقام موالي الموالي فقالوا: نحن معكم، وقال الموالي: نحن أحق بها، قال: أراهم كلَّهُم فيها وأراها حبساً على الموالي وموالي الموالي يدخلون معهم.

قال محمد بن رشد: قولُه أراهم كلهم فيها ظاهرُه أنه لا يؤثر الأقرب منهم على الأبعد إذا استوت حاجتهم، وذلك ما مضى في أول رسم من السماع، وكذلك اختلف أيضاً في تفضيل الآباء على الأبناء حسبما مضى تحصيل القول فيه في أول رسم من السماع فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب اغتسل على غير نية

وسئل عن رجل حبس حبساً داراً له وأرضا على رجل حياته فبنى في الدار مسكناً أو غرس في الأرض نخلاً، ثم مات، فقال: إن أَرْضى صاحب الدار ورثة الرجل فذلك له وإلَّا قلعوا نخلهم وأخذوا نقضهم من الدور.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والكلامُ عليها مستوفى فيما تقدم في هذا الرسم في بعض الروايات فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب البَزِّ

قال وسئل مالك عن رجل حبس جارية له على أخته وأمه حبساً صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث، وأيهما ماتت قبل صاحبتها فهي على الباقية منهما فماتت أخته فأراد أن يُبَتِّلَها لأمه تبيعها أو تَصْنَعُ بها ما شاءت، قال: أرى ذلك له إن شاء بعد تفكره فيها، وكأنه لم يرها من ناحية الدور، قال ابن القاسم: ولو أن رجلاً حبس داراً أو أرضا ثم أراد أن يفعل ذلك لم يكن ذلك له إلَّا أن يكون اشترط أن مرجعهما إليه فهو يجوز أن يفعل ذلك، ويفعله في غيرهما بعدهما إن أراد ذلك.

قال محمد بن رشد: إنما أجاز له أن يُبَتِّلَهَا لأمه لأنه رأى أنها ترجع إليه بعد موتها

ملكا مطلقاً، ولا ترجع بمرجع الأحباس كالدور، وهو معنى قوله: ولم يرها من ناحية الدور، وإنما لم يرها كالدور لأنه رأى التحبيس المعقب المحرم فيها مكروهاً، واستحب له أن يَصْرِفَهُ إلى ما هو أفضل منه، فرأى تبتلها لأمه أفضل لما في ذلك من البر بأمه، ورفع الضرر عن الجارية ما يُرجى لها من العتق، وهذا هو معنى ما في كتاب ابن المواز من قوله في هذه المسألة وكأنه رَآهُ من ناحية البِر وفي رسم استاذن من سماع عيسى بعد هذا أنها ترجع بمرجع الأحباس كالدور، وقد مضى الكلام على هذا المعنى وما يتعلق به مما هو من معناه في أول مسألة من الكتاب وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن رجل تصدق بدار له حبساً على ولده وولد وَلَده فخرج إنسان منهم إلى بعض البلدان ثم قدم فأراد أن يسكن الدار ويخرج له بعض من يسكنها من منزله الذي كان يسكنه، قال مالك: إن كان خرج في تجارة أو في طلب حاجة فإني أرى ذلك له، وإن كان انقطع إلى بعض البلدان ثم بداً له فرجع لم أرَ لَهُ أن يُخرَج له من منزل كان يسكنه أحد ممن يسكنه.

قال محمد بن رشد: هذا من قول مالك، وما قال ابن القاسم في المدونة يبين قوله المتقدم في آخر أول رسم من سماع ابن القاسم، وقد ذكرنا ذلك هنالك وَمَا يمكن أن يُقَامَ من قوله في المدونة، وقال علي في روايته: إن غاب مُسْجَلٌ، ولم يذكر ما قال ابن القاسم وهذا في السكنى، وأما في فضلة الكراء والغلات من الثمرة وغيرها فإن حقّ من انتجَعَ وغاب لا يسقط وإنما يسقط عنه السكنى إذا لم يكن فيه فضل، قاله مالك في النوادر، وقال ابن القاسم فيها وأما ذلك فيمن حبس على ولده أو ولد فلان أو آل فلان، فأما على قوم بأعيانهم ممن ليس على العقب فإن حقّ من انتجع منهم ثابت في السكنى وهم فيه على السواء حاضرهم وغائبهم وفقيرهم وغنيهم وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِلَ عن رجل حبس داراً له على أربعة نفر من ولده وشرط في حبسه أن من مات منهم من ولده فولده على مصابته من الحبس، فمات اثنان منهم وترك أولاداً فكان الأخوان منهما لا أولاد لهما، ثم مات أحد الباقين ولا ولد له فلمن ترى نصيبه؟ قال: أرى أن يرجع حبساً على جميع ولد إخوته الميتين وأخيه الباقي وُيخَصُّ بذلك أهل الحاجة منهم دون الأغنياء، ولا تكون فيها قسمة وأرى أن يؤثر أهل الحاجة منهم من ولد بني الأخ والأخ.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأنه لما شرط أن يكون حظ من مات منهم لولده رجع الحبس بذلك معقباً على غير معينين، وكان الحكم فيمن مات منهم وَلَا ولد له أن يرجع حظه على جميع من في الحبس من أهل الحاجة كمن حبس على ولده وعقبهم وفيهم غنى ومحتاج أن الحبس يقسم على أهل الحاجة من الأخ وبني الأخ دون الأغنياء منهم، ولا يقسم عليهم بالسواء، وهو الذي أراد بقوله ولا يكون فيها قسمة، وقد قيل إن الحبس المعقب يقسم على السواء بين الغني والفقير وقيل إنه يبدأ الأقرب على الأبعد وقد مضى بيان ذلك كله وتحصيله في آخر أول رسم من السماع فلا معنى لإعادته وبالله الموفق.

ومن كتاب أوله: نَذَرَ سَنَةً يَصومُهَا

وسئل مالك عن رجل حبس داراً له على ولده وشرط أن من تزوج من بناته فلا حقّ لها إلَّا أن تَرُدَّها رَادَّةٌ أترى أن ينْقَضَ ذلك وَينحَل الحبس، قال: نعم، إني لأرى ذلك وجهَ الصواب، وكأنه أعجبه نقضه.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقولُ فيها في أول رسم من السماع فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يحبس دوره على وُلْدٍ لَهُ صِغَارٍ فيشترط أنه القائم بأمرهم حتى يبلغوا، قال إني لأكره ذلك، قال ابن القاسم وقال مالك: وإذا لم يشترطه وكان الولد صغاراً فلا بأس به إذا لم يكن فيهم كبير قد بلغ حد الرضى.

قال محمد بن رشد: وقع في كتاب التفسير قال يحيى: قلت لابن القاسم لِمَ كَرِهَهُ مالك؟ قال لأنه قد اشترط في حبسه ملكاً له ثابتاً يحكم به في ذلك الحبس حَتى يموت، قلت: وما بأس ما اشترط من ذلك؟ قد كان له بلا شرط، أَلَا ترى أنه الحائز على ولده والقائم لهم بلا شرط؟ مثل ما اشترط لم يزدد بشرطه المُشْتَرَط شيئاً على ما كان يصنعه بغير شرط، قال: سأله عنه ابن أبي موسم فنهاه عنه وكرهه، قلت أرأيت إن وقع الأمر به، فمات وولده أصاغر أيُفْسِدُ هذا الشرطُ شيئاً من حوزه عليهم؟ قال: لا بل أجير الصدقة، وإنما كره له الشرط فإن وقع لم تفسُد الصدقة، هذا نص مَا وَقَعَ في كتاب التفسير، فقال بعض أهل النظَرِ هذه كراهية لا وجه لها، لأنه اشترط ما يوجبه الحكمُ له، واشتِرَاطُ ما يوجبه الحكم لا وجه لكراهيته.

والكراهيةُ فيها بينة لوجهين أحدهما أنه لما شرط أنه القائم بأمرهم فقد منع نفسه ما كان له جائزاً من أن يُولي غيرَه يقوم به لهم، والثاني أنه قد اشترط أنه القائم بأمرهم حتى يبلغوا، وبلوغهم لا يكون في وقت واحد فكان قد اشترط في ظاهر أمره ألَّا يسلم لمن بلغ منهم حظه حتى يبلغوا كلهم وهذا مما يبطل الحيازة، لأنه إن بلغ فلم يدفع إليه حظه. ومات وهو في يديه بطلت الصدقة في حظه، وفي المسألة وجه ثالث يصحح الكراهة، وهو اشتراط ذلك حتى يبلغوا، وقد يَبْلُغُوا وهم لا ترْضَى أحوالهم ولا تجوز أفعالهم، فبطل أن يكون الشرط صحيحاً، ولو اشترط أن له أن يحُوزَ لكل واحد منهم حظه حتى يبلغ ويملك أمر نفسه لَتَخَلَصَ من هذه المعاني كلها وصح اشتراطه، ولم يكن فيه وجه للكراهة والله أعلم وبه التوفيق.

من سماع أشهب وابن نافع عن مالك

رواية سحنون بن سعيد من كتاب العتق

قال أشهب وسمعت مالكاً وسئل عمن أعْمَرَ أمَّه "عبدين" حياتها وشرط إن مات قبلها فهما لها حياتَها وإن ماتت قبله فهما عليه رَدٌّ، ثم حضرته الوفاة قبلها فأعْتَقَ أحدهما، قال: لا يجوز ذلك إلَّا أن تجيز أمه ذلك، فإن أجازت ذلك وطاعت بعتقه جاز وعتق، ولم ينظر إلى ما يقول الورثة أن مرجعه إلينا وإن لم يجز عتق إذا ماتت أمه وكانت تلك البقية في ثلثه.

قال محمد بن رشد: حكم العُمري أن تكون للمعمر حياتَه عاش المعمِرُ أو مات قبل ذلك، فإذا مات المعمر رجعت العمرى إلى المعمِر إن كان حياً، وإن كان قد مات رجعت إلى ورثته يوم مات، فقوله وشَرَطَ إن مات قبلها فهما لها حياتَها، وإن ماتت قبله فهما عليه رَدٌّ، ليس بشرط يُحِيلُ العمري عن حكمها وسبيلها، وإنما هو بيان لحكمها، والمُعْمِر لا يملك من العبدين إذا أعمرهما أمه إلَّا المرجع بعد وفاتها، وهو مجهول، إذ لا يدري متى تموت فيجوز له أن يهبه ويعتقه في صحته ولا يجوز له أن يبيعه إلَّا من أمه، وبجوز له أيضاً أن يعتقه في مرضه إن حمله ثلثه، ويختلف فيما بَتلَهُ المريض في مرضه هل ينظر فيه وهو مريض أو بعد موته، فقيل إنه ينظر فيه في مرضه فإن حمله الثلث عتق، وقيل إنه لا ينظر فيه إلَّا بعد موته إذ قد يذهب مالُه في مرضه فيكون للورثة في ذلك.

حُجّة من أجل أنه لا ينفذ قضاؤه بعد موته في أكثر من ثلث ماله، فرأى مالك في

هذه المسألة إن أجازت أمّه ذلك وطاعت بترك حقها في خدمته أن ينظر بذلك في مرضه، ويُعَجِّلَ له العتق إن حمل ثلثه المَرْجِعَ بأن يُقَوَّم على غرره، ولم ينظر إلى ما يقوله الورثة إن أرادوا ألا يُنْظَرَ فيه إلَّا بعد موته، وهو معنى قوله: ولم ينظر إلى ما يقوله الورثة: إن مرجعه إلينا ورأى إن لم تُجِز الأم ذلك لا ينظر فيه حتى تموت، إذ لا سبيل إلى تعجيل عتقه من أجل حقها في خدمته طول حياتها، فإذا مات نظر فيه، فإن حمل ثلثُه المرجعَ على غرره عتق جميعه بعد موتها، وهو معنى قوله وإن لم تجز عَتَقَ إذا مات وكانت تلك البقية في ثلثه يريد المرجع على غرره، وإن لم يحمل الثلثُ المرجعَ عتق منه بعد موتها ما حمل الثلث منه، فهذا معنى قول مالك في هذه المسألة ووجهُهُ مشروحاً مبيناً.

وقد رأيت لابن دحون في هذه المسألة أنه قال فيها: هذا الكلام فيه نظر فتدبره والذي ينبغي إن لم يُجز الورثةُ ذلك أن يكون المرجع من الثلث أجازت الأم أو لم تجز، فإن أجازت عجل العتق، وإن لم تجز عجل بعد موتها.

وكلامه هو الذي فيه النظر، لأنه حمل قول مالك على غير وجهه، فتأول عليه أنه أراد بقوله ولم ينظر إلى ما يقوله الورثة أنه يعجل له العتق إذا أجازت الأم وطاعة، وإن لم يحمل ثلثه المرجعَ، وهو تأويل خطأ لا يصح أن يُتَأوَّل مثلة على مالك، ومعناه إنما هو ما ذكرناه من أنه لا ينظر إلى قولهم إن أرادوا تأخير النظر في تقويم المرجع في الثلث إلى أن يموت إذا أجازت الأم. فالمسألة صحيحة بينة مستقيمة لا نظر فيها ولا اعتراض وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية الثاني

وسئل عن الرجل يحبس الحائط صدقة على المساكين أيقسم على المساكين بينهم تمراً أمْ يباع ثم يقسم ثمناً بينهم، فقال: ذلك يختلف، وذلك إلى ما قال فيه المتصدق، أو إلى رأي الذي يلي ذلك واجتهاده إن كان المتصدقُ لم يقل في ذلك شيئاً، إن رأى خيراً أن يبيع ويقسم ثمنه وإن رأى خيراً أن يقسم تمره قسموه تمراً فذلك يختلف، وربما كان الحائط نائياً بالمدينة، فإن حُمِلَ أضرّ ذلك بالمساكين حملُه، وربما كان في الناس الحاجة إلى الطعام فيكون ذلك خيراً لهم من الثمن فيقسم إذا كان هكذا فهو أفضل وخير، وهذه صدقات عُمر بن الخطاب منها ما يُباع فيقسم ثمنُهُ ومنها ما يُقسم تمراً.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله إن ذلك مصروف إلى اجتهاد الناظر في ذلك إن لم يقل المتصدق في ذلك شيئاً وإن قال فيه شيئاً وَحَدّ فيه حَدًّا وجب أن يتبع قوله في صدقتة ولا يخالف فيه حَدُّهُ وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل توفي فأوصى في غنم له بأنها حبس على يتيمين ليسا من الورثة، وجعلها على يدي ابن له كبير، وقال من مات منهما فلا حقّ له ومن ارتغب فلا حقّ له، فمات أحدهما ثم ارتغب الآخر منهما فلمن تراها؟ فقال: ما أراها إلّا للآخر منهما، قيل له إنه حبسها عليهما لهذا منها قطيع عليه سِمَتُهُ ولهذا قطيع عليه سِمَتُهُ وقال من مات فلا حقّ له فمات أحدهما ثم ارتغب الآخر فلمن تراها؟ فقال: ما أراها إلّا للآخر منهما، أرى هذا إنما أراد مثلَ ما يقول بعضُ الناس يحبس على الجماعة ويقول من هلك فلا حقّ له فأراها للآخر منهما، قيل له إنه قد كان في وصيته من إرتغب فلا حقّ له فقد هلك واحد وارتغب الآخر فخرج، وقد بلغ وصار رجلاً، فقال ما أرَاها إلّا للباقي وأحرى به أن يرجع فلو وقفت هذه الغنم حتى يرجع هذا الذي ذهب، قيل له إن بعض العلماء قال: يُرْجَعَ على الوارث، فقال: والله ما أرى ذلك قد أوصى بها وحبسها فكيف ترجع على الوارث؟

قال محمد بن رشد: قوله ارتغب واغترب سواء مثل جذب وجبذ وقيل ليس هو من المقلوب، وإنما هو مأخوذ من الرغبة في الشيء، والرغبة عنه، فمعنى ارتغب رغب عن سكنى البلد ورَغِبَ في سكنى سواه، فخرج إليه، وقال ابن لبابة أرْتَغِبُ أتركُ، فالمعنى المرادُ مفهوم معلوم وإن اختلفت الألفاظ، وحمل قوله من اغترب فلا حقّ له أي لا حقّ في حين مغيبه لا أنه يسقط حقه بمغيبه جملة كالموت، فلذلك قال: فلو وقفت هذه الغنم حتى يرجع، وقوله في رواية أشهب هذه عنه: إن حظ الميت من الغنم وإن كانت مَوْسُومَةً يرجع على صاحبه خلافُ قوله في رواية ابن القاسم عنه في أول سماعه إن حظ الميت من خدمة الخادم إذا حبسها على قوم مفترقين وقسم الخدمة بينهم ترجع إلى المحبس لا إلى أصحابه، فعلى قوله في سماع ابن القاسم يكون حظ الميت من اليتيمين من الغنم الموسومَة للمحبِس ويوقف حظ الغائب وحده حتى يرجع، وهذا القول هو الذي أنكره لما قيل له: إن بعض العلماء قاله، فقال والله ما أرى ذلك، قد أوصى بها وحبسها فكيف ترجع إلى الوارث؟ وقد يحتمل أن يكون إنما أنكر قول من قال إن من اغترب يسقط حقه ويرجع إلى الوارث الذي له المرجع ولا يعود

إليه إن رجع من اغترابه. على ظاهر قوله ومن اغترب فلا حقّ له، إذ لم يقل إلّا أن يرجع فهو على حقه.

فيتحصل في المسألة ثلاثةُ أقوال حسبما ذكرناه في سماع ابن القاسم أحدها أن حظ الميت من الغنم يرجع إلى المحبس ويوقف نصيب الغائب وحده كانت الغنم قد قسمها المحبس بينهما وَوَسم نصيبَه كله واحد منهما أو لم يقسمها، والثاني أن حظ الميت منهما يرجع على صاحبه فيوقف جميعُ الغنم إذا غاب الثاني حتى يرجع فيأخذها، وهو قوله في هذه الرواية، والقول الثالث الفرق بين أن يكون قد قسم الغنم بينهما أو لم يقسمها، فإن كان قد قسمها بينهما ووسم نصيب كل واحد منهما رجع نصيب الميت منهما إلى المحبس، ووقف للغائب نصيبه خاصة، وإن كان حبسها عليهما ولم يقسمها بينهما رجع نصيبُ الميت منهما إلى صاحبه ووقفت له جميع الغنم إذا غاب حتى يرجع، وهذا هو أظهر الأقوال والذي اختاره سحنون، وإذا وقفت الغنم كلها أو حظ الغائب منها على الاختلاف المذكور فالغلةُ في حين التوقيف للوارث الذي له المرجع، وقد قيل إن الغنم لا توقف وتدفع إلى الوارث يستغلها، فإن رجع الغائب رُدّتْ إليه الغنمُ يستغلها حتى يموت، فترجع إلى الوارث. وأما إن مات قبل أن يَرجع صحت للوارث مِلكاً، وقد قيل إن الغلة توقف فإن رجع أفادها وإن مات كانت للوارث، وهذا القول قد أنكره في رسم الصبرة وبَيّن وجهَ فساده وبالله التوفيق.

ومن كتاب البيوع الأول

وسُئلَ عمن حبس على أمه وصيفة له حياتَها فَحَازَتْها ثم توفي ابنها وعليه دين فأرادت الأم أن تَبْتَاعَ مرجعَ الجارية من الغرماء لتكون لها الجارية بَتْلاً أيصلح ذلك؟ فقال: لا، ولا يصلح شيء من ذلك حتى تموت فيتحاص فيها الغرماء.

قال محمد بن رشد: أجاز في رسم طلْق من سماع ابن القاسم وفي غير ما موضع لمن أمْتَعَ شيئاً حياتَه أن يشتري المرجعَ من الذي أمتعه المنافع حياتَه، وكذلك يجوز له أن يبتاعه من ورثته، ولم يجز في هذه الرواية أن يشتري الذي أُخْدِمَ الجاريةَ حياته مرجعَها من الغرماء، فقيل إن ذلك اختلافٌ من القول، وقيل بل تفترق المسألتان، وقد مضى القولُ على هذا مستوفى في رسم شك من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِلَ عمن حبس داراً له على أقاربه اثنا عشرة سنة ثم مات بعد شهرين فَجَاءَ آت إلى الورثة فقال: بيعوني مرجع هذه الدار، فقال: لا يعجبني هذا لعل الدار ترجع متهدمة أو غير ذلك لا يدري كيف ترجع، واثنتا عشرة سنة كثيرٌ، أرأيت لو كان ذلك عشرين سنة أو ثلاثين سنة، ولكن لو كان شيء يسير، قيل له أَلَيس للرجل أن يَتَكَارَى الدارَ اثنا عشرة سنة، فإن أصابها شيءٌ رجع فأخذ منه كراءه؟ قال: بلى، قيل له كيف لا يشتريها بعد عشر سنين؟ قال له مالك: أليس يستأجر العبدَ سنة؟ فقال: بلى، فقال مالك: فيشتريه بعد سنة، لا يصلح هذا، قلت له أرأيت إن اشترى مرجعَ الدار بعد اثنتا عشرة سنة ولم ينقد حتى ترجع الدار، فقال: ما يعجبني هذا نَقَد أو لم يَنْقُد، هذا بعيد.

قال محمد بن رشد: إذا لم يجز أن يبتاع مرجع الدار بعد اثنتا عشرة سنة لأن البناء يتغير عنده إلى هذه المدة فلا يدري كيف ترجع الدار فلا فرق في هذا بين أن ينفد أو لا ينفد، وكذلك على هذا لا يجوز لمن باع داره أن يستثني سكناها اثنتا عشرة سنة، إذ لا فرق بين أن يستثني البائع السكنى أو يكون لغيره فيشترطه على المبتاع، ومثل هذا في رسم البيع والصرف من سماع اصبغ بعد هذا في العشرة الأعوام، وقد اختلف في ذلك فتقوم إجارته من مسألة كتاب العارية من المدونة في الذي يستعير الأرض من الرجل على أن يبنيها ويسكنها عشر سنين، ويكون البناء لصاحب الدار أن ذلك جائز إذا بَين البُنيَانَ على ما قاله بعض أهل النظر.

والصوابُ أن مسألة العارية من المدونة صحيحة خارجة من الاختلاف، لأن كل ما بَنَى المستعير شيئاً وجب لصاحب العرصة، فلا غرر في ذلك وإن طالت المدة، وَأَجَازَ ذلك أيضاً ابنُ القاسم في كتاب ابن المواز ومثلُه لابن شهاب في المدونة، وقد قيل: إن أبعدَ ما يجوز من ذلك السنةُ، وهو قول ابن القاسم في سماع يحيى من كتاب السلم والآجال، وروى ابنُ وهب عن مالك السنةَ ونصفاً، وروى عن سحنون الثلاثةُ الأعوام، ويقوم من قوله في سماع أبي زيد من كتاب طلاق السنة إجازةُ الخمسة الأعوام من مسألة الذي يشتري الدار ويشترط عليه فيها سكنى المرأة طول عدتها فَتُسْتَرَابُ أنه لا كلام للمشتري في ذلك إلى انقضاء الرِّيبَةِ وهي الخمسة الأعوام، لأن المشتري قد تقدم على ذلك، وأما الأرض فيجوز فيها استثناء العشرة الأعوام عند ابن القاسم على ما وقع له في سماع أصبغ بعد هذا، وقال المغيرة: يجوز في الدار العشرةُ الأعوام وفي الأرض السنين ذوات العدد، وهذا الاختلاف إنما يرجع إلى ما يغلب على الظن أن البناء يتغير

فيه، فمرة رأى أنه لا يُؤمَنُ تغيُّره في أكثر من عام، ومرة رأى أنه لا يُؤمَنُ تغيره في أكثر من عشرة أعوام ويؤمن في العشرة فما دونها. وينبغي أن يُنْظَرَ في هذا إلى جَوْدةِ البناء ووثاقته، فرب بناء يتغير في أكثر من عام ورب بناء لا يتغير في العشرة الأعوام وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية

وسُئِلَ عن رجل حبس غلاماً له على ابنه حتى يستغني ما حَدُّ الاستغناء؟ قال: يلي مالَه ونفسَه وتلا هذه الآية: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى﴾ [النساء: ٦].

قال محمد بن رشد: هذا بين إن كان حبسه عليه ليتصرف له فيما يحتاج إليه من حَوائجه فيكون معنى الاستغناء أن يستغني بذاته عنه فيما يحتاج إليه من أموره، ولو كان عبدا للخدمة فحبسه عليه ليخدم له في صنعته الخدمة التي لا تُشْبِهُ أن يَلِيها هو بنفسه لكان وجه الاستغناء في ذلك أن يقدر على العِوَضِ منه بوجه من الوجوه، وبالله التوفيق.

تَمَّ الأولُ من جُزْءَي كتاب الحبس بحمد الله تعالى.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الحبس الثاني

من سماع عيسى من كتاب نقدها نقدها

قال عيسى: وسئل ابن القاسم عن رجل حبس داره على ولده وقال لفلان ربعُها لأحدهم في حبس واحد وكلام واحد إنه ليس له منها إلَّا الربع الذي سمى له، ولو أنه حبس عليه حبساً ثم حبس بعد ذلك حبساً آخر على جميع ولده أنه يدخل معهم.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قال في المسألتين جميعاً لأنه إذا حبس على ولده وقال ربعها فقد جعل الثلاثة الأرباع لسائِرِهِم قَلُّوا أو كثروا، وإذا حبس عليه حبساً ثم حبس بعد ذلك حبساً آخر على جميع ولده وجب أن يدخل معهم لأنه من ولده وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال فيمن حبس حبساً على قوم وهم مُتَكَافِئُون في الغِنَى والإقلال، قال أرى أن يجتهد في ذلك ليسكن فيها من رأى، أو يُكْرِيَها فيقسم كراءها عليهم، قيل له فإن سبق بعضهم إليها فسكن؟ قال: من سبق فهو أولى ولا يخرج منها.

قال محمد بن رشد: معناه في غير المعينين مثل أن يحبس على أولاده أو أولاد فلان، وأما إن كان الحبس على قوم بأعيانهم مسمين ليس على التعقيب فلا يستحق السكنى من سبق إليه منهم، كلهم فيه وفي غيره سواءٌ، حاضرهم وغائبهم، قاله ابن القاسم، قال محمد وفقيرهم وغنيهم سواء، ولا اختلاف أعلمه في هذا وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال ابن القاسم في الحبس قال كل ما كان يرجع ميراثاً فهو على أقرب الناس في يوم يموت، وكل ما كان يرجع حبسه فهو أقرب الناس به يوم يرجع من وَلَدٍ أو عصبة، فإن كانوا بنات وعصبة فهو بينهم إن كان فيه سعة، فإن لم يكن فيها سعة فالبنات أولى بها من العصبة وأَقْعَدُ من العصبة، إلَّا أنهن لا يَحُزْنَ وتدخل معهن الأم لأن لها حقًّا ولا ترجع مَعَهُنَّ زوجة.

قلت: فإن لم يكن له أم وكانت له جدة أتكون بمنزلة أُمٍّ، أَمْ لَا؟ قال: أرى ذلك،

وقال إذا اشترط مرجعها إليه فإنها ترجعِ ميراثا بين ورثته يوم يموت، وأما إذا لم يشترط فإنها ترجع حبسا على عصبته وأقرب الناس إليه يوم يرجع.

قال محمد بن رشد: قوله في أول المسألة كل ما كان يرجع ميراثاً فهو على أقرب الناس به يوم يموت، ليس على ظاهره، والمراد به فهو على أحق الناس بميراثه يوم يموت على ما قال بعد ذلك، وإذا اشترط مرجعها إليه فإنها ترجع ميراثاً بين ورثته يوم يموت، وهذا مَا لَا اختلاف فيه أن ما كان يرجع ميراثاً فهو على أحق الناس بميراثه يوم مات، وأن ما كان يرجع حبساً فهو على أقرب الناس به يوم يرجع، وقد وقع في كتاب الهبات في المدونة في هذه الألفاظ غير بينة ترد بالتأويل إلى هذا الذي ذكرناه، إذ لا اختلاف فيه. وقوله إن البنات أحق بمرجع الحبس من العصبة إذا لم يكن فيه سعة صحيح، لأنهن أقرب إلى المحبس من عصبته، وقوله إلَّا أنهن لا يحيزون معناه أنه لا ينفردن بالمرجع دون من هو مِن المحبس بمنزلتهن، وهي الأم على ما ذكره، لأنها أقرب النساء إليه من فوق، كما أنهن أقرب إليه من أسفل، فتدخل معهن فيه الأم لاستوائها معهن في القرب حسبما وصفناه، ويكون بينهن على عددهن إن كانت البنات ثلاثاً كان للأم معهن من المرجع الربع.

وقوله: فإن لم تكن له أم وكانت جدة أتكون بمثابة أُمٍّ، أم لا؟ قال: لا أرى ذلك، معناه أنها لا تكون بمثابتها فتدخل مع البنات في المرجع، لأنها أبعد من المحبس منهن، لا أنها لا تكون بمثابة الأم إذا لم يكن المحبس أقربَ إليه منها، لأن الأم إذا دخلت في مرجع الحبس على القول بأنها تدخل فيه فأمه أيضاً تدخل فيه، وقد قيل معناه إنه لا دخول للجد في مرجع الحبس بخلاف الأم، والأول أظهر والله أعلم، وكذلك تدخل الأم مع بني المحبس الذكر كما تدخل مع البنات على هذه الرواية، وقد مضى في أول رسم من سماع ابن القاسم تحصيلُ الاختلاف فيما يرجع حبساً هل يدخل فيه النساء أم لا؟ ومن يدخل فيه منهن إن دخل وبالله التوفيق.

ومن كتاب استأذن سيدَه في تدبير جاريته

وسألته عن الرجل يُحَبِّس على أولادٍ له صغار وكبار داراً ووكَّل عليها من يحوزها لهم ويكريها، وكيف إن قال أولاده الكبار نحن نَحُوزُها لأنفسنا؟ قال: لا يكون ذلك لهم، وهي على ما وضعها عليه، قلت أيكون ذلك إليه ما عاش المحبس وبعد موته؟ قال: نعم، ذلك إليه ما عاش، قلت فإذا مات فله أن يسنده إلى أحد؟ قال: لا، إذا مات

وكان المحبس حياً كان ذلك إليه أيضاً بجعله إلى من أحب، وإن كان قد مات نظر السلطان في ذلك فجعله إلى من رأى، وإن كان الكبار أهل رضى حَازوا لأنفسهم بعد موت الوكيل. قيل له: فإن مات الوكيل بعد موت المحبس وقد قال المحبس للوكيل إن حدث بك حَدَثُ الموت فأسنده إلى من شئت فمات فأسنده إلى غيره قال وصيته جائزة، وليس للكبار ولا للصغار في ذلك كلام، قيل له فإن كان لم يقل له إذا مت فأسنده إلى من شئت فمات الوكيل بعد موت المحبس وقد أوصى المحبس إلى رجل بتركته أَيكونُ الوصي الناظرَ للصغار؟ قال يكون ذلك إليه ويكون مكانه، وروى أصبغ عن ابن القاسم مثله.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، لأن الحبس ليس بملك للمحبَّس عليه كالهبة التي هي ملك للموهوب له، فلا يصح للواهب أن يجعلها له على يدي غيره إذا كان كبيراً وإنما يَغْتَلُّهُ المحبَّسُ عليه على ملك المحبس فللمحبس أن يوكل عليه من يحوز للكبير ويُجْرِي عليه غلته ويحوز عليه في حياته وبعد مماته في ذلك، وكذلك إن كان المحبس عليهم صغاراً وكباراً فليس للصغار منهم إذا كبروا أن يَحُوزُوا لأنفسهم في حياة المحبس ولا بعد موته.

ولو كانوا صغاراً كلهم يومَ وَكل الوكيلَ على القبض لهم كان لهم إذا كبروا أن يقبضوا لأنفسهم، قال محمد بن المواز، وحكمه حكم الوكيل في أنه ليس له أن يوكل غيره ولا أن يوصي بذلك إلَّا أن يجعل ذلك إليه، وُينزل وصي المحبس منزلة الوكيل على الحبس في النظر فيه بعد موت الوكيل لِما ذكرناه من أنه إنما يَغْتَلُّهُ على ملكه، فوجب أن ينظر فيه الوصي كما ينظر في سائر مال من أوصى إليه، ولو قال له إذا مت فأسنده إلى من شئت فمات فأوصى إلى رجل بالنظر في ماله وعلى من يصح له التقديم عليه من بنيه لكان له النظر في الحبس الذي كان وكل على النظر فيه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يحبس مائة دينار على وارث ثم على رجل من بعده، قال: يقسمها الورثة على قدر سهامهم من الميت، فينتفعون بها حتى يموت الوارث الذي حبست عليه، فإذا مات رجعت إلى الأجنبي الذي حبست عليه بعد الوارث، فإذا مات الذي حبست عليه بعد الوارث رجعت ميراثاً بين من ورث الميت المحبِّس يقتسمونها على فرائض الله، فمن مات ممن ورث الميت المحبِّس فحقه لورثته.

قلت: ولا يرجع حبساً، قال: لا يرجع عليه حبساً ولا يرجع حبساً إلَّا الدور والعبيد ونحوهم، لأن مالكا قال لي: لو أن رجلاً حبس مائة دينار على رجل فأخذها فنقصت عنده أو ضاعت كان ضامناً لها، فليست الدنانير والدراهم حبساً.

قلت أرأيت من حبس حلياً أو ثياباً أو شيئاً مما يغاب عليه أهو بمنزلة الدنانير والدراهم؟ وهل يصدق في ذلك الذي حبس عليه إذا قال ضاع مني؟ قال: بل أراه ضامناً ولا يصدق فيما ادعاه من هَلَاكِهِ أَلَا ترى أن المحبس كان بمنزلة السلف في الدنانير، أَلَا ترى لو أن رجلا أعار رجلاً ثوباً "سَنَةً" فضاع منه في السِّنَةِ كان ضامناً، فإنما حبس ما يُغَابُ عليه مثلُ العارية التي يغاب عليها أو السلف.

قال محمد بن رشد: قولُه إلَّا الدور والعبيد ونحوهم خلافُ ما مضى في رسم البز من سماع ابن القاسم في العبيد، لأنه قال فيه في الأمَة إنها لا ترجع بمرجع الأحباس خلافُ الدور، وقد مضى الكلامُ على هذا المعنى وما يتعلق به مما هو في معناه مستوفى في أول رسم من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: يُوصِي لِمُكَاتبِهِ

قال ابن القاسم: قال مالك في الذي يحبس الحائط على بنيه الذكور والإناث فمن تزوج من البنات فلا حقّ لها إلَّا أن تردها رادَّة ثم هو بعد ذلك حبس على موالي، فمات البنون كلهم إلَّا ابنة واحدة متزوجة ما يصنع بالغلة؟ قال مالك: تكون للموالي أبداً حتى ترجع الابنةُ ولا تحبس الغلة عنها.

قال محمد بن رشد: مالكٌ يَكْرَهُ الحبس على الولد بشرط إخراج البنات منه ويرَى وجه الشأن فيه أن يُنْقَضَ ويدخل فيه البنات ما لم يفت، وقد مضى الكلامُ على ذلك في أول رسم من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته، فإذا فات ولم يرد مضى على شرطه، فإن تزوجت منهن واحدة رجع حظها على من بقي معها من إخوتها في الحبس حتى تَتَأَيَّمَ عن الزوج بموت أو فراق فترجع على حقها فيما يُستقبل، وسواء قال المحبس إلَّا أن تردها رادة أو سكت عن ذلك على قِياس ما قاله مالك في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب في الذي حبس على يتيمين وقال من مات فلا حقّ له، ومن ارْتَغَبَ فلا حقّ له، وقد قيل إنه يسقط حقها بالتزويج فيما يستقبل أبداً إلا أن يقول إلَّا أن تردها رادة، وقد تُؤُولَ أنه قول بعض العلماء الذي أنكره مالك في مسألة رسم الأقضية المذكورة، وفي المجموعة نحوه من رواية ابن القاسم عن مالك، قال فيمن

حبس على أن من فُرِضَ له منهم في الديوان فلا شيء له ففرض لهم فلم يأخذوه وأخذ من فرض له مرة ثم انقطع، فقال: من أخذه مدة فلا شيء له في الغلة، وكذلك إذا لم يبق من بَنِيهِ المحبَّس عليهم إلَّا واحدة متزوجة ترجع جميعُ الغلة إلى الذي إليه مرجعُ الحبس بالحكم أو بنص من المُحبس على قوله في هذه الرواية: إن الغلة تكون للموالي الذي جعل المحبس مرجع الحبس إليهم، وهي تبين ما وقع في رسم الصبرة من سماع يحيى بعد هذا إذْ لم يقع لذلك فيه جواب، وقال مطرف وابن الماجشون إذا لم يبْق من المحبَّس عليهم إلَّا ابنة متزوجة فتوقف الغلة فإن رجعت أخذتها لأنها من ولد المحبس، فهي أولى ممن له المرجع، وإن ماتت قبل أن تتأيم عن الزوج كانت الغلة الموقوفة للذي له المرجع.

واختلف إن مضت مدة وهي مع الزوج ورَحَلَ أحق الناس بالمرجع ثم مات وخلفه آخر مكانه هو أحق الناس بمرجع الحبس بعده، فمضت هذه أيضاً ثم ماتت وهي في عصمة الزوج، فقال ابن الماجشون لكل واحد منهما من الغلة الموقوفة ما يجب للمرأة التي عايشها فيها وهو أحق بمرجع الحبس، وقال مطرف بل تكون جميع الغلة للذي له المرجع يوم ماتت الابنة المتزوجة، وإن لم يبق من الولد المحبس عليهم إلَّا بنات متزوجات فوقفت الغلة فتأيمت إحداهن بعد مدة أَخَذَتْ جميعَ ما وقف وجميعَ الغلة فيما يستقبل، فإن تّأيَّمَت الثانية بعد ذلك قاسمت أختها فيما أخذت بنصفين، كأنهما ما تَزَوجَتَا، وإن تأيمت الثالثةُ رجعت على كل واحدة منهما بثلث مَا صَارَ إليها مما وُقِفَ ومما استغلتاه بعد ذلك إلى حيث تأيمِهَا، والتعيينُ في هذا وغيرُ التعيين على مذهب ابن القاسم بروايته عن مالك سواء، وهو نص قول أصبغ في الواضحة، وقال ابن الماجشون: إن عينهن في التحبيس، وقال: من تزوج منهن فلا حقّ لها سقط حقّ من تزوج منهن بالتزويج ولم يعد إليها أبداً، إلَّا أن يقول فإن تأيمت فهي على حقها في الحبس.

فيتحصل في المسألة ثلاثةُ أقوال أحدها أن حقّ من تزوج منهن لا يسقط إلا ما دامت متزوجة ولم يقل إلَّا أن تردها رادة، والثاني أن حقها يسقط بالتزويج أبداً إلاَّ أن يقول فإن ردتها رادة فهي على حقها، والثالث الفرق بين التعيين وغيره، فإن كان عينها سقط حقها بالتزويج أبداً إلا أن يقول فإن رَدَّتها رادة فهي على حقها من الحبس، وإن كان لم يعينها لم يسقط حقها بالتزويج إلَّا ما دامت متزوجة ولم يقل إلَّا أن تردها رادة وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم قال مالك في الذي يحبس الحبس على ولده: الذكر والأنثى فيه سواء، وليس للذكر مثلُ حظ الأنثيين إلَى أن يشترط ذلك في حبسه.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأنه إذا حبس عليهم فقد شرك بينهم فيما حبسه عليهم، فوجب أن يكون الذكر والأنثى فيه سواء إلا أن يفضل أحدهما على صاحبه، بدليل أن الله عزْ وجل لما شرك بين الإخوة للأم في الثلث ولم يفضل الذكر منهم على الأنثى فيه كانوا فيه على السواء، ولم يقس ذلك على البنين والبنات في قوله: ﴿يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِ الأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] ولا على الإخوة والأخوات في قوله: ﴿وَإِنْ كانُوا إِخْوَةً رِجَالاً ونَسَاءً فِللذكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١٧٦] والله الموفق.

ومن كتاب أوله: أوصى أن ينفق على أمهات أولاده

قال عيسى وأصبغ وسألناه عن الرجل يحبس على ولده حبساً ويشهد لهم ويكتب لهم بذلك كتاباً، ومثلُهم يحوزُ لهم أبُوهُم ثم يتعدى فَيَرْهَنُهَا فيموت وهي رَهْنٌ كما هي، قال: يبطل الرهن ويثبت الحُبُس ولا رهن، وقاله أصبغ، وقال: رهنهُ بمنزلة بيعه إياها، كما لا يجوز بيعُه لا يجوز رهنُه.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أنه رهن الحبس بعد أَنْ كان أَبَانَهُ عن نفسه وحازه لابنه بأن رحل عنه إن كانت داراً يسكنها، أو كانت خاليةً إن كان لا يسكنها فأشهد على تحبيسه إياها وحيازته، وأما لو كان حبسها وهو ساكن فيها ثم رهنها لنفسه قبل أنْ يرحل عنها فلم يُعْثَرْ على ذلك حتى مات لَبَطَلَ الحبسُ، وكذلك لو باعها بعد أن حبسها قبل أن يرحل عنها فلم يعثر على ذلك حتى مرض أو مات، ولو عُثِرَ على ذلك في حياته وصحته لفُسِخ البيعُ والرهنُ فيها وصح الحبس بالحيازة، ولو كانت صدقة من غير حبس فباعها قبل أن يرحل عنها لكان الثمَنُ للابن وإن مات الأب في الدار لأنه إنما مات فيها وهي للمشتري، لا لابنه إلا أن يكون باعها لنفسه نصاً استرجاعاً للصدقة فلم يعثر على ذلك حتى مات فإن الصدقة تبطل، ولو عثر على ذلك في حياته وصحته لَفُسِخَ البيعُ فيها ورُدت الدار لولده وَلَوْ باعَها بعد أن رحل عنها وحازها لابنه لجاز البيع على الابن وكان له الثمنُ في مال أبيه، حَيًّا كان الولدُ أو ميتاً وإن لم ينص على أنه باع لابنه إلاَّ أن يبيع نصًّا استرجاعاً لصدقته فبيعه مردود إلى الولد

حياً كان الولد أو ميتاً، لأنها قد كانت صدقة بِبَيْنُونَتِهِ عنها إلى أن باعها والثمن للمشتري في مال الأب وجده أو لم يجده لا شيء على الولد منه قاله ابن حبيب في الواضحة وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: بع ولا نقصان عليك

وقال مالكٌ: إذا قال الرجلُ: داري حُبُسٌ على امرأتي وأم ولدي أو غلة داري حبس فمن تزوج منهما فلا حقّ لها فيها إلَى أن تردها رادة فتزوجت واحدةٌ منهما، قال: يرجع حظها في يد الأخرى التي لم تتزوج، فإن طلق التي تزوجت زوجُها أو مات عنها رجعت على حقها، قال ولو قال هو بينكما فمن تزوج فلا حقّ لها إلَّا أن تردها رادة، فمن تزوج منهما رجع حظها على الورثة ولم يرجع على صاحبتها فإن طلقها زوجها أو مات عنها رجعت على حقها، فليس بينكما وعليكما سواء، وهو بمنزلة من قال غلامي يخدم فلانة يوماً وفلانة يوماً، فمن تزوج منهما فلا حقّ لها إلَّا أن تردها رادة فمن تزوج منهما رجع حظها على جميع ورثة الميت، فإن طلقها زوجها أو مات عنها رجعت على حظها، ولو قال عليكما رجع حظها إذا تزوجت على صاحبتها حتى يطلقها زوجها أو يموت عنها.

قال محمد بن رشد: قد مضى الكلامُ على هذه المسألة في الفرق بين أن يقول بينكما وعليكما والاختلاف في ذلك في أول مسألة من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته، وقال أشهب ولو قال حبست عليكما حياتكما وهو للآخر منكما فلا يكون للآخر منهما إلا حبسا عليه حياتَه، وإذا لم يسم حياتهما فهو للآخِر منهما بَتلاً يصنع به ما شاء، وقول أشهب هذا في تفرقته بين أن يقول حياتكما أو لا يقول ذلك هو ما ذهب إليه محمد بن المواز، خلافُ ما مضى من قول ابن القاسم في آخر رسم يسلف، وقد مضى الكلامُ على ذلك هنالك وفي أول رسم من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: لَمْ يُدْرِكْ

قال وإذا قال الرجل عند موته: داري حبس، ولم يسم أحداً قسمت على المساكين وكانت حبساً عليهم.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلامُ عليها في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم فلا معنى لِإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وبناتُ الأخِ والعمةُ من العصبة الذين يرجع عليهم الحبس.

قال محمد بن رشد: هذا خلافُ ما في سماع سحنون من أنه لا تدخل العمةُ في مرجع الحبس ولا كل من لا يرث من النساء مثل ما في أول رسم من سماع ابن القاسم، وقد مضى هنالك تحصيل الاختلاف في ذلك فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وإذا شَهِدَ رجلان على أنهم كانوا يسمعون أن هذه الدار حبس جازت شهادتُهما وكانت حبساً على المساكين إن كان لم يسم أحداً، قيل له فرجلان يشهدان وفي القبيل مائة رجل من أسنانهم لا يعرفون منه شيئاً؟ قال: إذا كان كذلك فلا تقبل شهادتهما إلَّا بأمر يفشو ويكون عليهم شهود أكثر من اثنين، وأما إذا شهد شيخان قديمان قد أدركا الناس وَبَادَ جِيلهُمَا أنهما سمعا أنه حبس فشهادتهما جائزة.

قال محمد بن رشد: ابنُ الماجشون لا يُجيز في شهادة السماع أقل من أربعة شهداء، وإجازةُ ابنِ القاسم شهادةَ السماع في هذه المسألة خلافُ مذهبه في المدونة، لأنه قال فيها إنَ شهادة السماع لا يثبت بها النسب ولا الولاء، ويقضى له بالمال دون ثبات النسب والولاء، فعلى ما في المدونة لا تجوز شهادةُ السماع في الحبس إلاَّ مع القطع بأنها تحترم بحرمة الأحباس، وذلك بين من مذهبه في المدونة، وهو على أصله فيها أنه يقضي بشهادة السماع بالمال ولا يثبت بذلك النسب ولا الولاء فكذلك بِالْيَدِ للمحبس دون أن يثبت الحبس، وقد مضى في نوازل سحنون من كتاب الشهادات تحصيلُ الخلاف فيما يجوز فيه شهادة السماع مما لا يجوز فلا معنى لإعادته ها هنا.

وقولُ ابن القاسم في هذه الرواية إنه لا تجوز شهادةُ الشاهدين على السماع في الحبس إلَّا أن يكونا شيخين قديمين قد أدركا الناس وباد جيلهما مُعَارِض لما له في كتاب الصيام من المدونة من إجازة شهادة شاهدين على رؤية الهلال في الصحو والغيم، لأن الذي يأتي في مسألة الصيام على قياس قوله في هذه الرواية ألا تجوزَ شهادةُ الشاهدين على رؤية الهلال إلَّا في الغيم.

ويتحصل في المسألة ثلاثة أقوال أحدها أنه لا يجوز في السماع على الحبس إلَّا أكثر من شاهدين في كل حال وهو مذهب ابن الماجشون الذي ذكرناه، والثاني أنه تجوز شهادة شاهدين في كل حَالٍ، وهو الذي يأتي على قوله في المدونة في مسألة الصيام، والثالث تفرقته في هذه الرواية، ومعنى ما أجازه من شهادة السماع في هذه

الرواية إذا كانت المدة قد طالت طولاً تَبِيدُ فيه الشهود، قال في الشهادات من المدونة مثل الأربعين سنة والخمسين، وفي سماع عيسى من كتاب القسمة أن في عشرين سنة تبيد الشهود، وابنُ الماجشون يُجيز شهادة السماع في الخمسة عشر عاماً، وقد اختلف إذا لم يشهد على الحُبس إلا شاهدٌ واحِدٌ عَدْلٌ، ففي كتاب ابن المواز قال أصحابنا إذا كان مُبَتَلاً ومعقباً فلا يصح فيه اليمين، وقال عبد الملك عن مالك: إذا حلف الجُلُّ منهم نفذت الوصية عليهم وعلى غائبهم إن قَدِمَ ومولودهم أن ولد وفي السبيل بعدهم، وروى عنه ابن حبيب يحلف من أهل الصدقة رجل واحد مع الشاهد وينفذ له ولأهلها ولمن يأتي، قال عنه مالك: وإن بادَ شهودها فلم يثبت إلَّا بالسماع حَلَفَ أيضاً واحدٌ من أهلها الذين شهدوا بأنهم لم يزالوا يسمعون من العدول أنها حبس على بني فلان ثم تسْتَحَق حبساً، وهذا على ما في المدونة من أن الشهادة على السماع لا يثبت بها النسب ولا الولاء وإنما يستحق بها المال مع اليمين، فكذلك يستحق الحبس بذلك مع اليمين على مذهب من يرى أنه يحلف واحد من المحبس عليهم مع الشاهد الواحد على البت ويستحق الحبس وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم في رجل أوصى بأن يُشترى عبدٌ من ثلثه في سبيل الله، قال: يشتري عبد فيجعل في الرباط يخدم الغزاة، قيل له فمن يطعمه؟ قال يعمل في طعامه ويخدم.

قال محمد بن رشد: فإن لم يكن فيما يُستعمَل فيه ما يَقوم منه نفقتُه ولم يوجد من ينفق عليه بيع واشترى غيره مكانه ممن تكون نفقته في عمله، فإن لم يوجد ذلك في ثمنه فرقَ في السبيل، وقد مضى هذا المعنى في رسم طلق من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: سلف ديناراً

قال وقال مالك في رجل حبس على أم ولد له جارية تخدمها حياتها ومات وله ولدان فقال أحدهما لأم الولد نصيبي من هذه الجارية صدقة عليك فأعتقت أمُّ الولد ذلك النصيب الذي تصدق به عليها وصار لها، قال: تخرج الجارية حرة ساعتئذ ويقال لأم الولد أخرجي نصف القيمة فيؤخذ ذلك منها فيرجع ويوقف، فإن ماتت الجارية المخدمة قبل أم الولد لم يكن لهذا الذي لم يتصدق شيء ورجع ذلك إلى أم الولد، وإن ماتت أم الولد قبل الجارية دفع ذلك إلى هذا الذي لم يتصدق أو ورثته إن كان قد

مات، وإنما أوقفنا المال لأن أم الولد لو هلكت والجارية حية ذهب حقّ المتمسك بالرق، لأنه إنما له مرجعها بعد وفاة أم الولد، ولأنا إنما أخذنا المال منها خوفاً أن تفلس أم الولد وتعدم فيذهب حقّ هذا، وتخرج الجارية حُرَّة ساعتئذ، ولا يُوقف نصفُها للحرية التي ثبتت فيها، فوقف نصف قيمتها بمنزلة وقفها إذا هلكت أم الولد وهي حية، ويعجل لها العتق كما قال رسول الله صلي الله عليه: مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي مَمْلُوكٍ، فهذا شرك، قال عيسى: وإن لم يكن لأم الولد مال وكانت عديمة عتق منه نصيبُها وُيؤَاجَرُ النصف الآخر، فكلما اجتمع من إجَارتها شيء له بال عتق منها ذلك، وحبس ذلك الخَرَاجُ لأنه لم يكن لها فيها إلَّا الخدمة، فلما أعتقتها كانت تَارِكَةً للخدمة فإن ماتت الخادم قبل أم الولد رجع ذلك الخراج الذي كان حُبُساً إلى أم الولد، وإن ماتت أم الولد قبل ذلك كان ذلك الخراج للولد المتمسك بالرق، وإن كان بَقي من الأمة شيء لم يكن عتق كان ذلك له أيضاً.

قال محمد بن رشد: ذكر ابنُ أبي زيد متصلا بهذه المسألة قال ابن المواز: لا أرى إيقافَ القيمة، بل ينظر كم يسوا مرجعُها على أَمَدِ العُمُرَين عمرِ الأمة وعمرِ أم الولد على الرجاء والخوف، فيعجل لهذا الابن ولا يبالي إن ماتت الأمةُ قبل وقت مرجعها لأنها على الغرر قومت، وإيقافُ قيمتها ظلمٌ وكيف توقف أيضاً الأمة وقد يحدث فيها عيب قبل موت أم الولد؟ وقد روى عن ابن القاسم أيضاً أنه قال: يُنْظَرُ إلى قيمة مرجعها بعد أم الولد على الغرر والرجاء، فتُوَقَفُ نصفُ القيمة من مال أم الولد حتى يعلم أيهما تموت أوَّلاً، قال ابن المواز: وهذا أَبْعَدُ من الأول، وأَحَب إلي تعجيل نصف هذه القيمة للابن، وهو كما قال ابن المواز، لأن توقيف نصف القيمة على الرجاء والخوف ظلم بين للابن، لأن نصف الأمة يصير ملكاً له بموت أم الولد ويرتفع الخوف منها، فكيف يعطي قيمتها بعد موت أم الولد على الرجاء والخوف وقد ارتفع بصحة الملك له وتيقنه؟ ولأن إيقافَ نصف قيمتها يوم اعتقتها وهي لا تجب عليها إذ لا يدري لعلها ستموت قبلها فينكشف الأحَقُّ للابن فيها أو تموت أم الولد قبلها فيعلم أنها إنما وجبت له حينئذ، فكيف يتخذ قيمتها التي قومت به قبل أن يجب له ولعلها أكثر من قيمتها يوم وجبت له؟ فيكون ذلك ظلماً لأم الولد أو أقل من قيمتها يوم وجبت له فيكون ذلك ظلماً له في إعطائه أقل من قيمتها يوم وجبت له.

فأعدلُ هذه الثلاثة الأقوال ما قاله محمد بن المواز من أنه يعجل له نصفُ قيمتها على الرجاء والخوف.

ويتخرج في المسألة قول رابع على قياس قول ابن القاسم في رسم يوصي لمكاتبه من سماعِ عيسى من كتاب الخدمة فيمن أخدم نصفَ عبدٍ له بَيْنَهُ وبين رجل رجلاً سَنَةً فأعتق شريكهُ في العبد نصيبه أنه لا يقوم عليه نصيب المخدم حتى يجب له بالقضاء السنَةَ، وتوقف القيمة إلى انقضاء السنة إن خشي عليه عُدْم، وهو على إلاَّ يجب في أم الولد فيها قيمة بحال، لأنها إن ماتت قبلها انكشف بموتها وجوبُ نصفها للابن ولم يصح أَنْ يُقَومَ عليها ذلك النصف بعد موتها على قولهم فيمن أعتق شخصا له في عبد فلم يقوم عليه حتى مات أنه لا يقوم عليه بعد الموت إلاَّ أن يكون موتُها قريبا من عتقها على اختلاف في ذلك، وهو قول مالك في رواية أشهب عنه في العتبية ورواية مطرف وابن الماجشون عنه في الواضحة وبالله التوفيق.

ومن كتاب إن خرجت من هذه الدار فأنت طالق

قال: وسألت عبد الرحمن بن القاسم عن تفسير الحوز في الصدقات والأحباس ممن قد بَلَغَ الحوز وما يَجُوزُ للأب حوزه ممن تصدق عليه أو حبسه ممن يليه من ولد صغير أو كَبِيرٍ سفيه وعن قسمة الحبس بين أهله فإنه ربما كان فيمن حبس عليه الصغير والكبير والحاضر والغائب والغني والفقير، ورُبّما استوت الحالات في الفقر والغنى وكثرة العيالات من أحدهما، فقال: قد وصفتُ لك من ذلك ما حضرني ورضيتُ واخترتُ لنفسي ولا توفيق إلّا بالله فكل ما تصدق بصدقة أو حبس حبساً على ولده صغاراً أو كباراً فإن كانت الصدقة والحبُس على صغار كلهم فحيازة أبيهم لهم حوز إذا أشهد لهم وبَتَل لهم صدقَتَهم أو حُبُسَهُم فكان هو القائم بأمرهم والناظر لهم في كراء إن كان أو ثمرة أو ما تحتاج إليه الصدقات من المرمة والإصلاح حتى يبلغوا الحوز وتُرْضَى حالُهُم مع البلوغ، والبلوغُ الحلم للرجال مع الصَّلاح وَحُسْنِ الحال، فإن بلغوا الحلم ورضيت حالهم وتزوج النساء ودخل بهن أزواجهن ورضيت مع ذلك حالاتُهن فلم يحوزوا جميعاً الرجال والنساءُ بعد أن بلغوا ما وصفت لك حتى هلك الأب فالصدقة لهم، وهم بمنزلة من تُصُدِّقَ عليه وقد بلغ ورضي حاله ثم لم يحز لثلث ما تُصدق به عليه أو حبس حتى هلك من تصدَّق أو حبس فإنّ ذلك لا صدقة له ولا حبس بتركه حيازة صدقته أو حبسه حتى مات المُحَبِّس له أو المتصدِّق به.

وإن كانوا قد بلغوا الحالات التي قد وصفتُ لك من الاحتلام للرجال والدخول بالنساء وهم جميعاً في ذلك لا تُرضي حالهم فإن حيازة الأب لهم جميعاً حيازة، لأن

السفيه بمنزلة الصغير، لأن كل من وُلّيَ عليه فحيازَةُ من يليه حوز، لأنه الناظر له والمدبر لأمره ولا رأي له في نفسه ولا ماله إلَّا بوليه، فلذلك رأى أهل العلم أنهم يحاز لهم إذا كانوا على ما وصفت والنساء إذا بلغن ورضي حالُهن ولم يتزوجن ولم يدخل بهن مخالف للرجال، المرأةُ أبداً في ولاية أبيها وإن رضي حالها يجوز عليها أمرُهُ وينفذ لهم حكمُهُ من تزويج أو غيره وإن بلغت. والرجال ليسوا بهذه المنزلة إذا احتلم الرجل ورضي حاله لم يجز عليه أمر غيره، فلذلك افترق الرجال عندي والنساء في هذا الوجه الذي ذكرت لك.

وإن كان من تصدق عليه أو حبس عليه صغاراً وكباراً وفي الكبار من قد رضي حاله فلم يحز له ولا للصغار حتى مات المتصدِّق أو المحبِّس فلا صدقة ولا حبس للصغير ولا للكبير من قبل أنه لم يفرز للصغار شيئاً بعَيْنِهِ فيكون أبوهم يحوزه ويرد ما لم يحز للكبار ولكنه تصدق أو حبَس بشيء مشاع ليس مقسوماً عليهم جميعاً ولم يحز الكبار عن الأب فيحوز، ولم يعرف ما للصغار فَيَحُوزهُ الأب لهم، فلما كان ذلك رأيتها صدقة لم تُحَزْ حتى مات صاحبها الذي تصدق بها فلذلك رأيت ردها.

وإن كانت الصدقة أو الحبس على الصغار والكبار مفروزة معروفة قد عرف ما للصغار منه وما للكبار بتفرقته إياه وإشهاده عليه وإنابة بعضهم فيه من بعض ثم لم يحز الكبار حتى مات المتصدق أو المحبس رأيت أن يحوز ما للصغار منه، وُيرَدُّ ما للكبار لأنه يحوز للصغار أبوهم ولا يحوز للكبار الذين قد بلغوا ورضي حالهم إلَّا أنفُسُهم.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه المسألة فإن بلغوا الحلم ورضيت حالهم وتزوج النساء ودخل بهن أزواجهن ورضيت مع ذلك حالاتُهن يدل أن الغلام بعد الإحتلام محمول على السَّفَهِ، فلا يخرج من ولايته حتى يثبت رشده، وهو نص رواية يحيى عن ابن القاسم في كتاب الصدقات والهبات.

قوله وليس الاحتلام بالذي يخرجه من ولاية أبيه حتى يعرف حالهُ ويشهد العدول على إصلاح أمره، وهو ظاهر سائر الروايات في المدونة وغيرها، إلَّا مَا وقع في أول كتاب النكاح من المدونة قوله فيه: إذا احتلم الغلام فَلَهُ أن يذهب حيث شاء، فإن ظاهرَه أنه بالاحتلام يكون محمولاً على الرشد وتجوز أفعاله حتى يعلم سفهه، وهي رواية زياد عن مالك في البكر أنها تخرج من ولاية أبيها بالحيض، فكيف بالغلام؟ وقد تأول ابنُ أبي زيد قولَه في المدونة فله أن يذهب حيث شاء أن معناه بنفسه لا بما له، فعلى هذا اتفق الروايات كلها، ولا تخرج عنها إلَّا رواية زياد عن مالك، وقد تأول أن

قول مالك إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء معناه إذا احتلم ورضيت حالُهُ، بدليل قول ابن القاسم إلَّا أن يخاف من ناحية سفه فله أن يمنعه، وإلى هذا ذهب ابنُ لبابة فقال: هذا هو الحق، لو مات الأبُ وأوصى به لم يخرج من ولاية الوصي حتى يثبت رشده، فكيف بالأب؟ ومثله في المدونة، وقولُهُ فقد منعهم الله من أموالهم مع الأوصياء بعد البلوغ إلَّا بالرشد، فكيف بالآباء الذين هم أملك بهم من الأوصياء؟ وإنما الأوصياء بسبب الآباء، ويدل أيضاً على أن البكر وإن دخل بها زوجها فهي محمولة على السفَهِ حتى يثبت رشدُها، وهو قول مالك في الموطأ والمدونة، وفي الواضحة من رواية مطرف عنه أنها في ولاية أبيها حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويعرف من حالها أي يشهد العدول على صلاح أمرها، فهي على قول مالك هذا ما لم تنكح ويدخل بها زوجها في ولايته مردودة أفعالُها وإن علم رشدها فإذا دخل بها زوجها حملت على السفه وأقرتْ في ولايته وردت أفعالها ما لم يظهر رشدها.

وقد اختلف في الحد الذي تخرج به الجارية من ولاية أبيها اختلافاً كبيراً تتحصل فيه ثمانية أقوال قد ذكرتها في مسألة ملخصة في هذا المعنى ليس هذا موضع ذكرها، وقوله فيها: المرأةُ أبداً في ولاية أبيها وإن رضي حالها يَجُوزُ عليها أمرُهُ وينفذ لها حكمُهُ من تزويج أو غيره ظاهره وإن عنست، وقد قيل إنها إذا عنست وبلغت الخمسين سنة فلا تجوز حيازتُهُ لها ولا تزويجه إياها إلَّا برضاها، فإن زوّجها بغير رضاها لم يفسخ قاله مالك ورواه أصبغ عن ابن القاسم في كتاب ابن المواز لأبي زيد عن ابن القاسم مثله في الستين سنة، وقد قيل إن حد تعنيسها أربعون سنة، فهي على القول بمراعاة التعنيس بعد التعنيس محمولة على الرشد مُجَوزة أفعالُها ما لم يعلم سفهها، وقيل مردودة أفعالها وإن علم رشدُها، بخلاف الرجل لأن الرجل بعد البلوغ محمول على الرشد حتى يعلم سفهه، وقيل على السفه حتى يعلم رشده، فيفترق الرجل من المرأة في هذا الوجه كما قال في الرواية ويتفقان في جواز حيازة الأب عليهما جميعاً.

وقولُهُ: إن كان من تصدق عليه أو حبس عليه صغاراً وكباراً إلى آخر قوله، هو مثل قوله في المدونة في مُسَاوَاتِهِ بين الحبس والصدقة في أنه إذا حبس على صغار وكبار أو تصدق على صغار وكبار فلم يَقْبِض الكبارُ لأنفسهم وللصغار مَا حبسه عليهم أو تصدق به عليهم لم يجز من ذلك للصغار شيء خلاف رواية علي بن زياد عن مالك في المدونة في تفرقته في ذلك بين الحبس والصدقة فأبطل نصيب الصغار في الحبس وأجازه في الصدقة، ومثلُ رواية علي بن زياد عن مالك في أن نصيب الصغار يجوز في

الصدقة روى أشهب عنه في كتاب الصدقات والهبات في رسم الوصية، وقاله ابنُ وهب أيضاً في سماع عبد الملك من الكتاب المذكور، فلا اختلاف في أن نصيب الصغار يبطل في الحبس إذا لم يحزه الكبارُ، قال ابنُ حبيب في الواضحة، عن المدنيين والمصريين جميعاً: إلَّا أن يكون الأب قَسَمَ ذلك في أصل التحبيس والصدقة أو بعده فحاز نصيبَ الصغار فإنه يجوز لهم ما حازه لهم، وفي ذلك نظر سنذكره إن شاء الله في رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب الصدقات والهبات.

ووجهُ تفرقة مالك في ذلك بين الحبس والصدقة هو ما قاله في رواية علي بن زياد عن مالك في المدونة من أن الحبس لا يُقسم ولا يُجَزأ والمعنى في ذلك عندي أن الحبس ليس للصغار منه جزء معلوم فتصح قسمته بينهم وبين الكبار، لأنه كلما مات منهم ميت من الصغار أو الكبار رجع حظه على من بقي منهم، فلما لم يكن حظ الصغار منهم معرُوفاً لم يكن الأب حَائِزاً له، ولو كان الحبس على ابنين له بأعيانهما أحدهما صغير والآخر كبير فلم يحز الكبيرُ منهما الحُبُسَ لوجب أن يحوز حظ الصغير من ذلك عند مالك على القول، لأن من مات منهما لا يرجع حظه على صاحبه ويرجع إلى المحبس أو إلى أقرب الناس به، وقاس ابنُ القاسم رحمه الله الصدقة والهبة على قول مالك في الحبس. فأبطل نصيب الصغار منه إذا لم يحزه الكبار، والمعنى في ذلك عنده أنه لما تصدق على من يحوز له وعلى من يحوز لنفسه وقد علم أن من حقّ الذي يحوز لنفسه أن يقاسمه فيحوز لنفسه كان إنما تصدق على أن يحوز لبنيه الصغار مقسوماً فلم يجز أن يحوز لهم مُشَاعاً وأجاز أن يحوز لبنيه الصغار مشاعاً ما وهبه لهم مشاعاً إذا لم يعمل على أن يحوز لهم مقسوماً، فأجاز إذا تصدق عليهم بنصف غنمه أو دوابه وأبقى النصف الثاني لنفسه أو وهبه في السبيل أن يحوز لهم النصف الذي تصدق به عليهم على الإشاعة إذ لم يعمل على أن يحوزه لهم مقسوماً.

ومعنى ما ذهب إليه مالك أنه أجاز أن يحوز لبنيه الصغار على الإشاعة ما وهبه لهم أو تصدق به عليهم على الإشاعة، كانت إشاعتهم مع نفسه أو مع من يقوم بالحيازة لنفسه من كبير أو مع من لا يقوم بها لنفسه مثل السبيل أو المساكين غير المعينين، وأصبغ لا يُجيز أن يحوز لبنيه الصغار ما تصدق به عليهم أو وهبه إياهم مشاعاً إلَّا مقسوماً بكل حال، كانت إشاعتهم مع نفسه أو مع من يقوم بالحيازة لنفسه من كبير أو مع من لا يقوم بها من سبيل أو مساكين غير معينين على ما يأتي في رسم البيوع من سماع أصبغ من كتاب الصدقات والهبات، فهي ثلاثة أقوال قول مالك وقول ابن

القاسم وقول أصبغ. والحبسُ خارجٌ عن هذا كله لا اختلاف في أنه إذا حبس على بنيه الصغار والكبار فلم يحز الكبار يبطل نصيب الصغار من أجل أن القسمة فيما بينهم لا تصح من أجل أنه لا يثبت نصيبُهُم على شيء واحد.

واختلف قولُ مالك فيمن تصدق على ابنه الصغير بعدة من غنمه أو خيله دون مسماة ولا موسومة فمرة رآها كالجزء المشاع لأن الحكم يوجب له الشركة فيها بما يقع للمُتصدق بها من جملتها، فأجاز حِيَازَتَها له وإن لم يقسمها ولا وَسَمَهَا. ومرة لم يرها كالجزء المشاع، إذ ليس لشريك له فيها حتى يشتركا فيها، فلم يجز حيازته له فيها حتى يقسمها ويُسميها أو يَسِمَها، فمن لم يجز حيازته له إذا وهبه جزءاً إلَّا بعد المقاسمة فأحرى ألاَّ يجيز حيازته له إذا وهبه عدداً إلَّا بعد المقاسمة، ومن حيازته له إذا وهبه عدداً فأحرى أن يجيزها له إذا وهبه جزءاً، فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال إجازة حيازته له في الموضعين والمنع من ذلك في الموضعين والتفرقة بينهما وبالله التوفيق.

وقد اختلف إذا تصدق على بنيه الصغار والكبار فحاز الكبار لأنفسهم وحاز هو للصغار فروى عن ابن القاسم أنه يبطل كله، وهو على أصله الذي ذكرناه. وقال ابن المواز يجوز كله. وهو الذي يأتي على أصل مالك الذي ذكرناه.

واختلف أيضاً إذا تصدق رجل على رجل بنصف أرضه على الإشاعة. فقال ابن القاسم في تفسير ابن مزين هي حيازة، ولم يرها أصبغُ حيازةً. وذلك على أصله الذي ذكرناه عنه وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: ومن تصدق على صغير أو سفيه أو أحد ممن تَوَلّى عليه بصدقة من أم أو أخ أو قريب أو بعيد فحاز ذلك له وأشهد عليه فإن ذلك باطل لا يجوز إلَّا أن يكون وصياً فيكون حوزُهُ له حوزاً أو يَضَعَهُ له على يدي غيره وُيبِينُهَا عن نفسه فيكون لهم حوزاً جائزاً ماضياً، وليس يُنزَّل أحدٌ بمنزلة الأب في هذا إلا من يلي السفيهَ ممن يوصي إليه، فالوصي في ذلك بمنزلة الأب في الحوز لهم والقيام بصدقاتهم ثم يكون حائزاً لهم ماضياً عليهم.

قال محمد بن رشد: هذا هو المشهور في المذهب المعلوم من مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك أنه لا يَحُوزُ للرجل ما وهبه إلَّا أب أو وصي، وفي رسم الأقضية من سماع يحيى من كتاب الصدقات والهبات من قول ابن وهب إنه لا يحوز للصغير ما

وهبه إلَّا الأب والوصي، والأم إذا كان يتيماً في حجرها وإن لم يكن موصاً إليها بمنزلة الوصي، والأجدادُ بمنزلة الأب إذا لم يكن أب وكان في حجر الجد يليه، والجداتُ بمنزلة الأم إذا لم تكن أم وكان في حجر الجدة تليه، قال وأما من سوى هَؤلاء فلا يكون حوزُهُ حوزاً للصغير إلَّا أن يَبْرَأ به إلى رجل يليه للصغير. وفي سماع عبد الملك من كتاب الوصايا أن كل من وَليَ يتيما من قريب أو بعيد فإنه يحوز له مَا وُهِبَ له، ومثله من بيده اللقيطُ، ورواه ابنُ غانم عن مالك، ونحوه في كتاب القسمة من المدونة أن الرجل تجوز مقاسمته على من التقطه، وأنْزِلَ في النكاح الأول من المدونة الحاضنُ والمربي للجارية في حياة الأب بمنزلة وكيل الأب، فرأى تزويجه إياها جائزاً عليها بغير إذنها. قاله في مسألة رجال من الموالي يأخذون صبياناً من صبيان العرب تصيبهم السنَةُ فيكفلون لهم أبناءهم ويربونهم فتكون فيهم الجارية. وذكر ابن حبيب المسألة على خلاف ما وقعت في المدونة فقال فتكون فيهم الجارية قد مات أبوها وغاب أهلها فإن الذي كفلها ورباها أولى بعقد نكاحها يريد من وُلَاتِهَا، فأنزله بمنزلة الوصي وذلك نحو ما في كتاب القسمة من المدونة ورواية ابن غانم عن مالك، ومثلُهُ لابن كنانة سئل عن يتيم صغير له إخْوةٌ أكَابِرُوهم الذين يلونه وينفقون عليه فزوجوه ابنة عم له، قال ذلك يلزمه إذا كانوا هم الذين يلونه وينفقون عليه، وقال ابن القاسم لا يلزمه ولا يتوارثان، ولا يجوز على الصبي إلَّا نكاح أبيه أو وصيه وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وكل من تصدق بصدقة أو حبس حبساً من دارٍ أو دور فسكن بعضها وأسلم بقيتها أو كان يليها لمن تصدق عليه بها أو حبس إذا كانوا على ما وصفت لك ممن يحوز له المتصدقُ أو المحبِّس فيحوز ذلك لهم، فإن كان الذي سكن من الدار الشيء التافه فيما حبس أو تصدق مثل الدار ذات المنازل وكثرة المرافق فسكن منها ما لا خطب له فيها لِقِلّتِهِ وصغر شأنه جاز له ما سكن وما لم يسكن، وإن كان ذلك الذي سكنه له بال في الدار وقدر وهو جُل ذلك وأكثره لم يجز ذلك وكانت صدقةً لم تُقْبَضْ، لأن التافه اليسير إذا سكنه وأفرز بقيتها فقد أسلمها وكان ما بقي في يديه تبعاً لها، لأنه قد أسلم جلها وعُضْمَهَا وما لا خطب لمن احتبس منها معه، فلما كان ما احتبس وسكن تبعاً كان ذلك كله جائزاً. وإن كان الذي احتبس وسكن أكثره وجله وأسلم أدناها وأقلها كان الذي فرز من ذلك تبعاً للذي هو أكثر فكان بمنزلة من لم يسلم ولم يُحَزْ عنه، وإن كانت الصدقة أو الحبس دوراً وكان الوالد صغاراً فسكن منها

داراً فإنه ينظر في ذلك على ما وصفت لك في الدار ذات المنازل. فإن كانت هذه الدار من الدور هي جلّ تلك الدور في القدر والثمن لم يجز ذلك الحبس، لا الدارُ التي سكن ولا الدورُ التي لم يسكن فإن كانت تلك الدار التي سكن ليست عُظْمَ ذلك في القدر ولا جله وإنما هي تبع فيما حبس جاز حبس تلك الدور كلها ما سكن وما لم يسكن. وإن كان الوُلد الذين حبس عليهم تلك الدور كِبَاراً مرضيين فكانت تلك الدار التي سكن أعظم تلك الدور كلها لم يجز تلك الدار وجازت بقية الدور إذا كان الكبار قد حازوها، وإن كانت تافهة جازت الدور كلها إذا كانوا قد حازوا الدور وإن لم يَحُوزُوا الدور لم تجز الدار ولا الدور.

قال محمد بن رشد: قوله وإن كان الذي احتبس وسكن أكثره وجله وأسلم أدناها وأقلها كان الذي أفرز من ذلك تبعاً للذي هو أكثر، فكان بمنزلة من ولم يسلم ولم يُحَزْ عنه. وهو مثل قوله في آخر كتاب الرهون من المدونة في بعض الروايات إن الدار الواحدة إذا سكن المحبس أكثرَها فسواء حَازَ البقية منها هو للصغار أو حازه الكبار لأنفسهم يبطل جميعُها خلافُ ما حكى ابنُ حبيب في الواضحة عن ابن القاسم وأصبغ من أن الأب إذا سكن أكثر الدار وحاز الولد الكبار لأنفسهم بقيتها جاز لهم ما حازوه منها، بخلاف إذا حازَ الأب للصغار كالدور الكثيرة إذا سكن الأب أكثرها وحاز الكبار بقيتها جاز لهم ما حازوه منها بخلاف إذا حازه الأب للصغار. فعلى ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن ابن القاسم وأصبغ لا خلاف في هذا بين الدار والدور، وعلى ما في هذه الرواية وفي المدونة فرق في هذا بين الدار والدور فحصل الاختلاف من هذا الموضع في الدار الواحدة لا في الدور، وأصبغ لا يُرَاعي التبع من غير التبع في الدور ويرى الحكمَ فيها وأن كانت محبسة في صفقة واحدة بمنزلة إذا حبس كل دار منها على حدة. وقد مضى بيانُ القول في هذه المسألة في أول رسم من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته.

مسألة:

قال: وأما ما يُبَدّأ به أهلُ الحبس بعضهم على بعض من غلة أو سكنى إذا كانوا جميعاً محبسين عليهم. فإن ذلك ليس يكون على كثرة العدد، وإنما المُبَدّأ بها والمقدم فيما كان من سكنى أو غلة أهل الحاجة، حيثُ كانوا بهم يُبَدّأ وإياهم يؤثر، وليس يقسم ذلك بينهم أيضاً على عددهم ولكن على كثرة عيال أحدهم إن كان سكنى فعلى عظم مؤنته وخفة مؤنته على قدر ما يتبع كل واحد منهم من قَدرِهِ وقدر عياله، والقسم إن

كانت غلةً على قدر حاجتهم، وأعظمُهُم فيها حظاً أشدُّهُم فاقة وأظهر حاجة، فإذا سدت حاجتهم وفضل عنهم فضل رُدّ على الأغنياء فسكن كل واحد منهم قدر ماله وكثرت حاجته. وليس العَزِبُ الفرد كالمُتَأَهل المُعِيلِ، والحَاضِرُ أولى بالسكنى من الغائب، والغلةُ بين الحاضر والغائب سواء، والمحتاجُ الغائب أولى من الغني الحاضر. وذلك على الاجتهاد على ما وصفت لك على ما يرى وَالِيهَا والناظرُ فيها، ولا يخرج أحد من مسكن كان يسكنه، ومن انقطع من البلد الذي حبس عليه فيها وكانت سكنى ولم تكن غلة كان من أقام أولى منه إذا كان سكناه البلد التي خرج إليها سكنى انقطاع، وإن قدم منها لَمْ يُخْرَجْ له غَيْرُهُ وإن كان القادم أحوجَ منه، لأنه لم يسكنه الذي هو فيه على وجه الضرورة، وإنما مسكنه حيث تركه القادمُ وانقطع عنه، ولو لم يخرج كان أولى بالمسكن ممن هو فيه وكان لا يدخل عليه وهو حاضر معه لأنه أحْوج وإن لم يكن في الدار سَعَةٌ. وكذلك إذا سكن الغني وانقطع المحتاج ثم قدم لم يخرج الغني له لأنه لم يدخل عليه ولكنه سكن بها حيث لم يكن أحد أولى بها منه، ومن مات منهم رجع حصتُه على أصحابه لأنه حبس عليهم جميعاً حتى ينقرضوا فيصير آخرُها إلى ما صيرها إليه صاحبُها من سبيل الله أو غير ذلك مما سمى وشرط، وإن كان الخارجُ منها لم يخرج خروجَ انقطاع وإنما خرج لبعض ما يخرج الناسُ إليه من أسفارهم ثم رجع إلى بلده كان بمنزلة الحاضر من أهل الحبس.

قال محمد بن رشد: كل ما ذكره ابن القاسم في هذه المسألة من وجه قسم الحبس المعقب في السكنى والغلة. هو المنصوص له المعلوم من مذهبه وابن الماجشون يخالف في ذلك ما حكاه عنه ابن المواز فيرى أنه لا يفضل الفقير على الغني في الحبس المعقب، كما لا يفضل في الحبس على المعينين، ويؤخذ من مذهب ابن القاسم في مسائله ما يُسْتَقْرَأ منه مثل قول ابن الماجشون. وقد مضى بيان ذلك كله في آخر أول رسم من سماع ابن القاسم وفي رسم البز منه فلا معنى لِإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وكل وصي رجل كان أو امرأة تصدق على أحد ممن يليه وهو في حجره فَحَوْزُهُ له حَوْز بمنزلة الأب في ابنه على ما فسرتُ لك ووصفت.

قال محمد بن رشد: هذا ما لا اختلاف فيه من أن الوصي في الحوز على من يلي ممن إلى نظره بمنزلة الأب سواء. وإنما الاختلاف هل ينزل منزلته في ذلك سواه من قريب أو حاضر حسبما مضى القولُ فيه قبل هذا في هذا الرسم

وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

ومن كتاب أوله: حمل صبياً على دابة

قال ابن القاسم: في الدار الحُبُس على قبيلة فيأتي رجل منهم فيبني فيها الحوانيت والبيوت للغلة والسكنى. قال ابن القاسم أما السكنى فمن سكن منهم فهو أولى بما سكن مما يكفيه ولا يدخل عليه غيره. وأما ما بنى للغلة فينبغي أن يقاضِيَ نفسه بما يستوفي من الخراج، فيتقاضى من الخراج ما أنفق في البنيان، فإذا تقاضى ما أنفق في البنيان فالكراء بعد ذلك لجميع من حبس عليه حاضرهم وغائبهم، ويؤثر بذلك أهل الحاجة منهم والمسكنة. فإن بقي بعد ذلك شيء قسم بين الأغنياء، فإن جاء رجل فأراد أن يدخل مع الذي بَنَى في الغلة فإنه يغرم للذي بنى نصف ما بقي له من حقه ويدخل معه فيه فيكون في يديه نصف ما بقي للغلة يأخذ غلتها ويقاصّ نفسه حتى يستوفي حقه، فإذا استوفى حقه كانت الغلة بين من حُبِّسَتْ عليه على ما وصفتُ لك. فهذا وجه الحبس.

فإن كانت القَاعَةُ لا كراء لها قبل البناء؟ قال: نعم وإن كانت القاعة لا كراء لها قبل ذلك فإن غلة الحوانيت والدُّورِ التي بني بها يُقَاصُّ بها نفسه من يوم أخذ لها غلة جاءه أحد أَوْ لم يَجِئْهُ.

قال محمد بن رشد: قولُهُ في هذه المسألة فيكون في يديه نصف ما بقي للغلة صوابُهُ فيكون في يديه نصف ما بَنَى للغلة وكذلك في بعض الرواية. وهي مسألة بينة لا إشكال فيها ولا التباس في شيء من معانيها. وقال ابن دحون إنه يدخل فيها جميع الاختلاف الذي في الرحَا تخرب فيبنيها بعض أهلها والبير تتهور فيصلحها بعض أهلها. ولا يدخل فيه جميعُ ذلك الاختلاف كما ذكره. وإنما يدخل فيها أكثرُهُ فيدخل فيها من ذلك الاختلاف القولُ بأن الغلة كذلك تكون للباني إلّا أن يريد شريك أن يدخل معه فيها فيأتيه بما يجب عليه من النفقة التي أنفق أو من قيمتها على الاختلاف في ذلك. وهذا إذا أراد الدخول معه بحدثان ما بنى.

وأما إن لم يرد الدخول معه حتى بَلِيَ البنيان فلا يلزمه أن يدفع إليه إلَّا ما ينويه من قيمة البنيان على حالته التي هو عليها من البِلَا قولاً واحداً. وقد مضى وجه العمل في ذلك في نوازل عيسى من كتاب السِّداد والأنهار، فإن كان للحبس كراء قبل أن يُبْنَى فيه هذا البناء كان على الباني لإشراكه في الحبس ما يجب لهم من ذلك الكراء، ولا

اختلاف في هذا، وإن كان لم يكن للحبس كراء قبل أن يبني. فيدخل فيها الاختلاف الذي في الرحا الخَرِبَةِ يبنيها بعضُ الأشراك على هذا القول، هل يكون عليه فيها كراء أم لا؟ وقد مضى فيها توجيه هذا الاختلاف في النوازل المذكورة. ولا يدخل في هذه المسألة قولُ محمد بن إبراهيم الذي في الرحا الخربة يبنيها بعضُ الأشراك إن الغلة تكون بينهم فيكون للعامل منها بقدر ما أنفق وبقدر ما كان له فيها قبل أن ينفق، والذي لم يعمل منها بقدر ما له من قاعتها، لأن الحبس ليس بملك للمُحَبسِ عليهم فيشتركون فيه على ما ذكره في الرحا الخربة بين الأشراك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

ومن كتاب القطعان

قال يحيى: وسألت ابنَ القاسم عمن حبس في مرضه فقال: على ولدي وولد ولدي وترك زوجه وأمه وغيرهم من الورثة، فقال: يقسم بين أعيان الولد وولد الولد ذكرهم وأنثاهم شَرَعاً سَوَاءً على عددهم للذكر مثل حظ الأنثى، فما صار لولد الولد أسلم إليهم لأنهم ليسوا بورثة المحبس، فجازت الوصية لهم، وما كان من ولد الأعيان شَرَكَهُمْ من وَرِثَ الميتَ المحبّسَ من امرأة أو أم أو ولد أو غيرهم يقتسمون ذلك بينهم على قدر مَوَاريثهم من فرائض الله. وتفسير ذلك أنه إن كان ولد الولد أربعة وولد الأعيان ثلاثة قسم الحبس على سبعة أجزاء فأُعْطِيَ ولدُ أربعةَ أجزاء، وأعطى ولد الأعيان ثلاثةَ أجزاء، ثم رجع جميعُ من ورِث المحبّسَ من أم أو ولد أو زوجة أو غيرهم فيقتسمون تلك الثلاثة الأجزاء عَلى مواريثهم من الميت لأنها وصية لوارث، ولا تجوز وصية لوارث. غير أن ذلك يكون حبساً في أيديهم ولا يبيعون ولا يهبون حتى تنقطع أعيان الولد لأنه قد جعل مرجعه إلى غير وارث وهم ولد الولد، فإذا انقطع ولد الأعيان رجع جميع ذلك الحبس إلى ولد الولد، فإن مات أحد من ولد الأعيان أو ولد الولد رجع نصيبه على من بقي من ولد الأعيان وولد الولد فاقتسموه أيضاً ثانية، فما صار لولد الولد أسلم إليهم وما صار لولد الأعيان دخل فيه جميعُ من ورث الميت من الأعيان وغيرهم، فيقتسمونه بينهم على قدر مواريثهم من الميت.

وإن كان بمرض موته إلَّا معقباً خرج من ثلثه فكميراث للولد كثلاثه أولاد وأربعة أولاد الأولاد وعقبه وترك أمًّا وزوجة فيدخلان فيما للأولاد. ومنه يفهم أنه لا بد أن يكون الوقف معقباً، فإن قال: على أولادي وأولاد أولادي ولم يقل عقبهم بطل على الأولاد وصح على أولاد الأولاد، فما ناب الأولاد يكون إرثاً لهم لا شائبة للوقف فيه،

كما يفهم منه أنه لا بد أن يحمله الثلث، وإلا فما حمله الثلث يكون وقفاً وكل ما لم يحمله كان إرثاً.

وتفسير ذلك أن الحبس قُسِّمَ أوَّلاً على سبعة أجزاء فكان لأعيان الولد ثلاثة أجزاء، فقسمت تلك الثلاثة الأجزاء على جميع ورثة المحبِّس، فإذا مات واحد من ولد الأعيان وقسم سهمه الثانية فإنه يقسم سهمه ذلك الذي صار له من السبعة الأجزاء على ستة أجزاء، فيكون لولد الولد أربعة أجزاء ولولد الأعيان اثنان، لأنهما الآن اثني، ثم يُقْسَمُ الجُزْآنِ اللذان صارا لولد الأعيان على الميت من ولد الأعيان وعلى الباقين منهم وعلى جميع من ورث الميت المحبس فما كان للباقين أخذاه، وما صار للميت من أعيان الولد دفع إلى ورثته فاقتسموه بينهم على فرائض الله، يدخل فيه امرأته وأخته وأمه وجميع من يرثه فيستمتعون بذلك ما عاش واحدٌ من أعيان الولد، ويَضْربُ ولدُ هذا الميت من أعيان الولد في هذا السهم الذي مات عنه أَبوه بسهمين، سهم مع المحبَّسِ عليهم من ولد الولد وولد الأعيان، وسهم مع ورثة أبيه الميت فيما صار لأبيه من السهمين اللذين صارَا لولد الأعيان حين قُسِمَ على ورثة المحبس.

فإن مات أحدٌ من ورثة المحبس من غير ولد الأعيان أو واحد من ورثة الابن الميت من أعيان الولدَ. فإن مات منهم فسهمُه بين من يرثه من أهل ميراثه من أم أو زوجة أو غيرهم على فرائض الله لا يدخل فيه غيرهم، ولا تنتقض القسمة بموت من مات منهم لأنهم ليسوا ممن حبس عليهم. فإن مات أحد من ولد الأعيان فإن سهمه لا يرثه ورثته وإنما يرجع على من حبس عليه معه، فإذا مات على وصفتُ لك، وَوَلَدُ الأعيان ثلاثةٌ وكان ولد الولد أربعةً فمات منهم هذا الواحد وصاروا ثلاثة فإن سهمه الذي صار له من السبعة الأجزاء يُقسم على ستة أجزاء فيُعطي ولدُ الولد ثلاثة وولد الأعيان ثلاثة، فما صار لولد الأعيان دخل فيه جميعُ من ورث المحبس ميتاً كان أو حياً فاقتسموه على فرائض الله، فما صار للأحياء من ورثته أخذوه، وما صار للميت من ورثته دفع إلى ورثة الميت فاقتسموه بينهم على مواريثهم منه.

وكلُّ ما ولد لولد الولد أو ولد الأعيان الولد فإن القسمة تنتقض وتقسم على عدد ولد الولد وولد الأعيان قَلُّوا أو كَثُرُوا ولو لم يبق من أعيان الولد إلَّا واحدٌ وقد صار ولد الولد عشرة فإن الحبس يُقسم على أحد عشر فيكون للباقي من ولد الأعيان جزء، ولولد الولد عشرة أجزاء. فعلى هذا يُقسم الحبسُ أَبَداً على ما فسرتُ لك، ولا تنتقض القسمةُ بموت من مات من أعيان الولد وَلا من ولد الولد، وإنما يقسم سهمه قط على

ما فسرتُ لك.

وليست تنتقض القسمة إلَّا إذا زادَ ولد الولد فإنها تنتقض وتقسم ثانية على من زاد وعلى من هو في الحبس ممن هو حيّ، فما صار لمن بقي من أعيان الولد دخل في ذلك جميعُ من ورث المحبس مَيِّتُهم وحَيُّهم فما صار للحي منهم دفع إليه، وما صار للميت دفع إلى ورثته، وَوَرِثَتْهُ ورثتُه على ما ينوبهم فيه، فإذا مات جميعُ ولد الأعيان سقط هؤلاء كلهم، ورجع الحبسُ كله إلى ولد الولد أو إلى أقرب الناس بالمحبس من عَصَبَتِهِ إن لم يبق أحد من أعيان الولد ولا من ولد الولد.

وسئل عنها سحنون. فقيل له: الرجل يحبس على ولده وولد ولده وله أم وزوجة هلكوا؟ قال: هذه من حِسَانِ المسائل وقل من يعرفها، وأصلها في كتاب ابن القاسم في غير موضع. فهي في بعض الكتب خطأ وفي بعضها صواب والصواب فيها أنه ينظر كم ولده وولد ولده؟ فإن يكن ولده ثلاثة وولد ولده ثلاثة وحالُهم واحدة قسمت الحبس على ستة أسهم، فلِوَلد الولد ثلاثَةُ أسهم، وهو النصف، ولولد الأعيان النصف، ثم يقسم نصيبُ الأعيان على فرائض الله، فتأخذ الأم السدس والزوجة الثمن ويكون ما بقي لولد الأعيان. فإن انقرض ولد الولد قبل ولد الأعيان رجع ما كان في أيديهم إلى أقرب الناس بالمحبس وهم ولد الأعيان فكان في أيديهم على سنة الحبس، وليس للأم ولا للزوجة فيه شيء، لأن وصية الميت نفذت لهم وسقطت المحاباة؟ فإذا انقرضوا رجع ما كان في أيديهم ويد الأم والزوجة إلى أولي الناس بالمحبس الأول، وإن مات واحد من ولد الأعيان أخذ ما في يديه فاقتسم على فرائض الله، فللأم سدسه، وللزوجة ثمنه، ولولد الأعيان ما بقي. فإن هلك الثاني أخذت الأم مما في يديه سدسه، وللزوجة ثمنه.

وإن هلك الثالث نزع ما في يد الأم والزوجة وما كان في يد الولد ورجع إلى أولى الناس بالمحبس وإنما يقاسم الأم والزوجة ولدُ الأعيان إذا هلك الأول وبقي اثنان. وإذا هلك الثاني وبقي واحد أخذ ما في أيديهم من النصف الأول الذي صار لهم، وأما ما رجع إليهم من حقّ ولد الولد فإن ذلك لا تدخل فيه الأم والزوجة لأن ذلك مما يرجع إليهم من وصية قد أنفذت لوجهها ولم يكن فيها محاباة لوارث. أَلَا ترى لو أن رجلاً أوصى لولد ولده بدار حبس عليهم وله ولد لصلبه وأم وزوجة لكانت نافذة لهم لأنهم غير ورثة ولم يكن للزوجة فيها وصية مَقال ولا للأم، فلو هلكوا كلهم ولد الولد رجع كل ما بأيديهم إلى أولى الناس بالمحبس وهو ولده لصلبه ولم يكن للأم ولا

للزوجة مقال. ألا ترى أنه لو أوصى لولد ولده بثلث ماله وصية لهم يكون لهما مال ويأكلونه وينتفعون به وله ولد وأم وزوجة لكانت وصيةً جائزة لهم لأنهم غير ورثة، ولم يكن للأم ولا للزوجة كلام، ولو هلك ولد الولد لكان ما كان لهم مما أوصى به جدهم لهم ميراثاً لولده لصلبه، ولم يكن للزوجة ولا للأم كلام. وقد فسرتُها لك وجهاً وجهاً، وهي من حسان المسائل. وقد قيل إن مات ولدُ الولد وبقي ولدُ الأعيان أو واحد من ولد الأعيان فإن نصيبهم الذي كان لهم يرجع إلى ولده لصلبه. وكذلك الواحد منهم يقسم نصيبه على من بقي من ولد الولد وولد الأعيان فما صار لولد الأعيان أحد قائم. فإذا انقرض ولد الأعيان وقد كان صار إليهم ما كان لولد الولد كلهم أو ما صار إليهم من نصيب الواحد منهم مما أدخلنا في جميع ما رجع إليهم نصيب الزوجة والأم فإذا مات ولد الأعيان كلهم رجع ما في أيديهم ويد الزوجة إلى أولى الناس بالمحبس وهذا الذي عليه أكثر الرُّواة والله أعلم.

قال محمد بن رشد: الحبس في المرض على الولد وولد الولد وصية لوارث وغير وارث، لأن الولد وَرَثَةٌ، وولد الولد غير ورثه، وحكمُ الحبس على الولد وولد الولد أن يرجع حظ من مات منهم على بقيتهم. فالوصية للوارث في هذا التحبيس تقل بموت من ولد الولد وتكثر بموت من يموت من ولد الولد ولسائر الورثة مع الولد أن يدخلوا عليهم فيما صار لهم من هذا الحبس قل أو كثر، فيكون بينهم على سبيل الميراث إذ لا تجوز وصية لوارث إلَّا أن يجيزها الورثة، فإن كان الولد ثلاثة وولد الولد أربعة على ما نَزَّلَ المسألة عليه في الرواية فَقُسِمَ الحبسُ بينهم أسباعا إن استوت حالتُهم على المشهور من مذهب ابن القاسم أو استوت أو لم تستو على ظاهر هذه الرواية وهو مذهب ابن الماجشون على ما حكاه ابن المواز، وجب لسائر الورثة الدخولُ على الولد في الثلاثة الأسباع، على سبيل الميراث. وكذلك إن مات واحد من ولد الولد فقسم حظه من الحبس على بقيتهم يدخل سائر الورثة أيضاً على الولد فيما نابهم من حظ الميت فيكون بينهم على سبيل الميراث. وكذلك إن مات الثاني من ولد الولد ثم الثالث ثم الرابع، كلما مات منهم ميت يدخل سائر الورثة فيما ناب الولدَ من حظ الميت من ولد الولد، فإذا لم يبق من ولد الولد أحدٌ رجع جميع الحبس ميراثاً بين جميع الورثة، ومن مات منهم كان حظه لورثته ما بقي من الولد أحد. فإذا انقرض جميعهم بموت آخرهم رجع الحبس كله إلى أقرب الناس بالمحبَّس حبساً وسقط منه حقّ جميع الورثة وورثة الورثة. وأما إن مات من الولد أحد قبل موت ولد الولد وقد

كان الحبس قُسِم أولاً على سبعة أسهم، فحصل منه للولد ثلاثة أسهم أخذت منها الزوجةُ الثمنَ والأم السدسَ. فقال في الرواية إنه يقسم سهمه ذلك الذي صار له من السبعة الأجزاء على ستة أجزاء، فيكون لولد الولد أربعة أجزاء ولولد الأعيان جزآن، لأنهما الآن اثنان. ثم يقسم الجزآن اللذان صارا لولد الأعيان على الميت من ولد الأعيان وعلى الباقين منهم وعلى جميع من ورث الميت المحبس. فما كان للباقين أَخَذَاهُ وما صار للميت من أعيان الولد دُفِعَ إلى ورثته فاقتسموه بينهم على فرائض الله يدخل فيه أمه وأخته وجميع من يرثه فيستمتعون بذلك ما عاش واحدٌ من أعيان الولد. وفي قوله فَيَسْتَمْتِعُون بذلك ما عاش واحد من أعيان الولد نظر، إذ لا يستمتعون بجميعه ما عاش واحد من أعيان الولد كما قال، لأنه إذا مات واحد من أعيان الولد بعد ذلك وجب أن يردوا مما صار لهم ما يجب لهم من ذلك لولد الولد وإنما يستمتع كل من صاربيده من الورثة شيء من الحبس بجميع ما صار له ما بقي أحد من أعيان الولد إذا مات جميع ولد الولد يرجع جميعُ الحبس إلى الولد حسبما ذكرناه.

وقال ابنُ دحون: قولُه إذا مات أحد ولد الأعيان فقسم حظه على من بقي من ولد الأعيان وعلى ولد الولد إن الجزءَيْن اللذين صَارَا لولد الأعيان يقتسمان على الميت من ولد الأعيان وعلى الباقين منهم وعلى جميع الورثة غلط، بل يرد الورثة كُل مَا بِأيْديهم إلى الجزءين ويقتسمون ذلك على فرائض الله.

وإنما قال ابن دحون ذلك لأنه تأول على ابن القاسم أن الواحد من ولد الأعيان إذا مات يؤخذ جميع ما بيده فيضاف إليه ثلث سدس الأم وثلثُ ثمن الزوجة فيصير سبعاً تاماً، ثم يقسم هذا السبع على ما ذكر في الرواية، ولذلك قال إن قوله يقسم الجزآن غلط، بل يرد الورثة كُلّ مَا بأيديهم إلى الجزءين ويقتسمون ذلك على فرائض الله كما تأول أبو إسحاق التونسي على ما في المدونة، وهو تأويل خَطَأ تفسد به المسألة. والصواب الذي يصح أن يحمل عليه ما في الرواية أن الواحد من ولد الأعيان إذا مات لا يؤخذ جميع ما في يديه، وإنما يؤخذ سهمه الذي صار له من السبعة الأجزاء حين قسم الحبس على ولد الأعيان وعلى ولد الولد مما بيده ومما بيد الباقين من ولد الأعيان ومما بيد الأم والزوجة، لأنه قد قُسِمَ ذلك عليهم أجمعين مع السبعين الآخرين اللذين كانا صارا لولدي الأعيان، فيأخذ مما بيد كل واحد منهم ثلثه، لأن ولد الأعيان ثلاثة فيكمل السبع على هذا ثم يقسم هذا السبع على الباقين من ولد الأعيان وعلى ولد الولد، فما ناب ولد الأعيان منه قسم على الميت من ولد الأعيان وعلى الباقين

منهم وعلى الأم والزوجة، فما ناب الميت من ولد الأعيان كان لورثته مضافاً إلى ما كان بقي بيد الميت موروثهم، وما ناب الباقين من ولد الأعيان والأم والزوجة كان لهم مضافا إلى ما كان بقي في أيديهم، فَيَتَساوَوْنَ على هذا في جميع ذلك على قدر مواريثهم كما يتساوون في بعضي القسم على ما روى يحيى. وفي رد الورثة كل ما بأيديهم إلى الجُزْءيْنِ واقتسام ذلك كله على جميع الورثة إذا أخذ جميع ما في يد الميت من ولد الأعيان على تأويلهما الفاسد والله الموفق للصواب برحمته.

وقولُ ابن القاسم إذا مات واحد من ولد الولد إنَّ ما صار من حظه لولد الأعيان دخل فيه جميع من ورث المحبس ميتاً كان أو حياً فاقتسموه على فرائض الله إلى آخر قوله. هو خلافُ مذهب سحنون في أن ما صار لأعيان الولد من قبل ولد الولد لا يدخل فيه الورثة لأنه إنما يصير إليه بمرجع الحبس لا بالوصية، وقد قيل إن سحنون إنما يقول ذلك إذا مات جميع ولد الولد. وأما إذا مات واحد منهم فيدخل الورثة فيما صار إلى ولد الأعيان من قبله، والرواية عنه منصوصة بخلاف ذلك أن الورثة لا يدخلون فيما صار لأعيان الولد من قِبَلِهِمْ مات جميعُهم أَوْ واحد منهم.

وقولُه في هذه الرواية إن القسمة لا تنتقض بموت من مات من ولد الأعيان ولا من ولد الولد وإنما يقسم حظه فقط، معناه إذا كان ينقسم خلافُ ظاهر ما في سماع يحيى من أن القسمة كلها تنتقض كما إذا زاد ولد الولد، وأما إذا لم ينقسم حظ من مات من الولد أو ولد الولد على من بقي منهم فلا اختلاف في أن القسمة كلها تنتقض من أصلها كما إذا زاد ولد الولد ورواية يحيى في أن القسمة تنتقض بموت من مات منهم ليست بمخالفة لهذه الرواية فيما تخرجه القسمة لكل واحد منهم في القلة والكثرة إذا لم تنقض، فليست بمخالفة لها إلَّا في صفة العمل. وروايةُ يحيى أولى لما في ترك نقض القسمة من التشغيب والعناء مما لا يؤدي إلى معنى.

وقولُ سحنون والصوابُ أن يُنْظَرَكم ولده وولد ولده؟ فإن يكن ولد ولده ثلاثة وحالهم واحدة قسمت الحبس على ستة أسهم. قيل إنه تفسير لقول ابن القاسم. وقيل إنه خلاف له، إذ قال إن الحبس يقسم على عددهم ولم يشترط تساوي أحوالهم. وقد قيل إن ابن القاسم فرق بين التحبيس في المرض لما كان بمعنى الوصية فرأى ألَّا يفضل فقيرهم على غنيهم، بخلاف من حبس في صحته، واتفقا جميعاً أعني ابنَ القاسم وسحنون على ألَّا يفضل في هذه المسألة الولد على ولد الولد. وذلك خلاف ما في المدونة من قول ابن القاسم وروايته عن مالك مثل قول المخزومي وغيره في

قوله: وكان المغيرةُ وغيره يستوي بينهم. وقد مضى تحصيل الاختلاف في هذا في أول رسم من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته.

وقولُ سحنون: فإذا انقرض ولد الولد قبل ولد الأعيان يريد أو واحد منهم على ما قاله في غير هذا الكتاب رَجَعَ ما كان في أيديهم إلى أقرب الناس بالمحبس وهم ولده الأعيان فكان في أيديهم على سنة الحبس، وليس للأم ولا للزوجة فيه شيء لأن وصية الميت نفذت لهم وسقطت المحاباةُ ليس بصحيح وهو غلط بين، لأنه إنما يرجع إلى من معه في الحبس، وإنما يرجع الحبس إلى أقرب الناس بالمحبس إذا انقرض المحبس عليهم كلهم. فأما ما بقي منهم قوم فذلك راجع إليهم على جهة الوصية التي لهم لا على جهة أنهم أقربُ الناس بالمحبس. وإذا كان هذا هكذا فالأم والزوجة يدخلان فيما رجع إلى ولد الأعيان من قبل ولد الولد وإن انقرضوا كلهم لأنها وصية رجعت إليهم. وقال ابن أبي زيد في المختصر: إنما قال سحنون إن الأم والزوجة لا يدخلان فيما رجع إلى الولد من قبل ولد الولد إذا ماتوا كلهم، فأما في موت واحد منهم فتدخل الأم والزوجة فيما يصيب ولد الأعيان من نصيب ولد الولد في قول جميعهم، لأن أسباب المواريث قائمة بينهم. وكذلك تأول عليه ابن دحون. وهو تأويل لا يعضده نظر، ويرده أيضاً الرواية الموجودة عن سحنون بأن الواحد منهم إذا مات فلا تدخل الأم والزوجة فيما رجع من حظه إلى ولد الأعيان.

وقول سحنون في الرواية: وإن مات واحد من ولد الأعيان يريد إن مات بعد انقراض ولد الولد أخذ ما في يديه، يريد جميعَ السدس الذي صَار له أولاً من الحبس حين قسم على الولد وولد الولد فاقتسم على فرائض الله، فللأم سدسه وللزوجة ثمنه يريد وقد أخذتا ذلك فلا يَسْتَرِدُّ من عندهما ولدُ الأعيان ما بقي يريد مما صار له بالميراث خاصة دون ما صار له من رجوع الحبس من قبل ولد الولد، فالذي صار إليه بالميراث هو الذي يقسم على ورثته. وأما ما صار إليه بالرجوع عن ولد الولد فإنما يرجع إلى أخيه، فإن لم يكن له أخ رجع إلى أقرب الناس بالمحبس على مذهب سحنون، وهو غلط على ما بيناه. وقولُه فإن هلك الثاني أخذت الأم مما في يديه سدسه غلطٌ، لأنه إنما تأخذ الثلث إلى أن يموت هذا الثاني عن ولد الولد.

وقول سحنون وإنما يقاسم الأم والزوجة ولد الأعيان إذا هلك الأول وبقي اثنان وإذا هلك الثاني وبقي واحد صحيح.

وقولُه بعد ذلك أخذ ما في أيديهم يريد فإذا هلك ذلك الواحد الذي بقي أخذ ما

في أيديهم من النصف الذي صار لهم يريد أنه يؤخذ منهم فيكون ميراثاً عن المحبس لورثته وورثة من مات من ورثته.

وأما قوله وأما ما رجع إليهم من حقّ ولد الولد فإن ذلك لا يدخل فيه الأم والزوجة لأن ذلك مما رجع إليهم من وصية قد أنفذت لوجهها ولم يكن فيها محاباة لوارث إلى آخر قوله. فقد بينا وجه الغلط فيه وَأَنَّ قولَ ابن القاسم إن الزوجة والأم يدخلان فيه هو الصحيح، لأنه وصية لوارث، إذ لم ترجع إليهم بمرجع الأحباس وإنما رجع إليهم بحكم تحبيس المحبس عليهم.

وقع في النوادر قال سحنون في العتيبة: وإذا انقرض ولد الولد وصار ما بأيديهم لولد الأعيان ثم مات واحد منهم فتأخذ الأم والزوجة ميراثَهما مما في يديه من السدس الذي أَخَذَ أَوَّلاً مما دار إليه عن ولد الولد فما بقي قسم بين ولدي الأعيان. قال أبو محمد ينبغي أن يكون والله أعلم إنما أخذ أولاً هذا السدس بالميراث فعند الأم سدسه وعند الزوجة ثمنه فلا يرد من عندهما لانقراض ولد الولد الذين لهم في ذلك حجة ولكن يقسم ما بيده من بقية ذلك السدس على ورثته، لأمه سدسه ولزوجته حقها الربع ولبقية ورثته ما بقي، فإن كان إخوته هذين فهو لهما، وأما ما بيده على ولد الولد وهو سدس ثاني فهو كسبيل الأحباس عنده في رواية العتبي لا شيء لورثته فيه ويرد إلى أولى الناس بالمحبس وهما أَخَوَا هذا الميت بينهما بنصفين. كما وقع قول سحنون في النوادر، وهو يبين قولَه في الكتاب ففيه لبس. وقولُ ابن أبي زيد مفسرٌ لقول سحنون لا خلاف له إن شاء الله.

وقوله في آخر المسألة: وقد قيل إذا مات ولد الولد وبقي ولد الأعيان هو قول ابن القاسم. وقد تقدم وجه تصحيحه فلم يأت سحنون في هذه المسألة بشيء، لأنه أخطأ فيما خالف فيه ابن القاسم وأتى في تفسيره بكلام غير بين ولا مستقيم يفتقر إلى ما بيناه به من التفسير وبالله التوفيق.

ومن كتب العشور

قال مالك من حبس على بناتٍ له حبساً فبنات بنيه الذكور يدخلن مع بناته لصلبه في الحبس.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، لأن بنات ابنه يقع عليهن اسم بنات في اللغة، ولهن حكمُ البنات في الميراث إذا لم يكن دونهن ولد فوجب أن يدخلن مع بناته

لصلبه في الحبس. وقد مضى ذلك في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق. ومن كتاب الجواب قال وسألته عن الرجل يحبس الشيء من ماله على رجل ويستثني أن مرجعه إليه يجعله حيث شاء وأنه يرجع مرجعه حيث شاء، ثم مرض المحبس فيجعل مرجعه وهو مريض لوارث. قال ابن القاسم لا يجوز ذلك للوارث ولا يجوز له منه شيء لا من رأس المال وَلَا من الثلث إلّا أن يشاء الورثة لأن مالكاً قال في الرجل يُخْدِمُ الرجلَ عبدَه حياتَه ثم يمرض المخدِم فيجعله بعد مرجعه لرجل آخر بَتْلاً. قال لي مالك هو من الثلث لصاحب البتل. فلما جعل مالك هذا من الثلث كان الذي جعل مرجعه في مرضه لوارث باطلاً، لأنه مالٌ من ماله بعد المرجع يورثه مع ما يورث، وهذه وصية لوارث فلا تجوز إلّا أن يُجيزها للوصية الورثة.

قال محمد بن رشد: أما إذا حبس الشيء من ماله على الرجل واستثنى أن مرجعه إليه ولم يقل ليجعله حيث شاء فذلك كمسألة مالك في الإخدام سواء، إن صرف المرجع في مرضه لوارث فهو باطل، وإن صرفه لغير وارث فهو من ثلثه، يقوم فيه قيمة صحيحة إن كان قد رجع وقيمتُه على الرجاء والخوف إن كان لم يرجع بعدُ. وكذلك إن حبسه عليه حياته ولم يشترط أن مرجعه إليه مِلْكاً على القول بأن الحكم يوجب ذلك. وأما إن حبسه عليه وشرط أن مرجعه إليه ليجعله حيث يراه فأصبغُ يقول إن سبله فيما رأى وأَحَب في مرضه فهو من رأس المال، وإن سبله على وارث فهو ميراث إلّا أن يُمضي ذلك له الورثة، خلافُ قول ابن القاسم هذا وبالله التوفيق.

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم من كتاب الصبرة

قال يحيى: وسألته عن الرجل يحبس داراً على بناته ويشترط أن أَيَّتَهُن تزوجت فلا حقّ لها في الحبس، فإن رَدّها طلاق زوج أو موته فهي على حقها من الحبس، فإذا متن كلهن فهي صدقة على رجل خصه من قرابته أو غيرهم أو مرجعاً إلى بعد موتهم، فتزوجن كلهن فلم يجد المتصدقُ عليه سبيلاً إلى أخذ الدار بالصدقة لِبَقَاء البنات أو هو بما استثنى وأخرج البنات من الحبس بتزويجهن، فقلت لمن تكون غلة الدار إلى أن يرد بعضَ البنات رادّةٌ من موت زوج أو طلاق أو إلى أن يمتن فتصير للمتصدق عليه أو إلى المحبس؟ فقال: أرى غلتها في تلك الفترة للمحبس إن كان استثنى مرجعها إليه وكان حياً أو لورثته إن كان ميتاً، قلت له الورثة من غير البنات؟ فقال: لا بل لأَقْعَدِ الناس به ممن يرثه مع بناته ويكون لهم ولهن الغلة في تلك الفترة على حال الميراث،

وليس على حال الحبس. قلت أرأيت إن دخلت البنات مع غيرهن من الورثة بأنْ لم يكن له وارث إلَّا بناته اللائي حبس عليهن وبقية ذلك لِجماعة المسلمين أيُعطيهن ثُلثَ الغلة أم لا يرجع إليهن إلَّا أن يكون معهن وارث من الولد أو ولد الوَلد يُرَد ذلك عليهن؟ قال: وإن كان جعلها صدقة على رجل بعد موتهن فالغلة في الفترة للمتصدِّقة بها عليه ولا توقف الغلة على حال لأنك إذا أوقفتها إذا متن رَددتها إلى المحبس إن كان استثنى مرجعها إليه أو إلى المتصدق بها عليه إن كان تصدق بها بعد موتهن، فإن كنت إنما توقف الغلة لموتهن ثم تدفعها إلى من تصير الدار له فَحَبْسُ ذلك عند من الظلم. قال وإن أوقفتها فإن رَدّتهن رادّةٌ دفعت الغلة إليهن كنت كمن أجرى لهن الغلة في الحين الذي لم يكن لهن في الدار شيء، فأحَبُّ ذلك أن تدفع الغلة في الفترة معجلة إلى من استثنى المحبس مَصِيرَ الدار إليه بعد موتهن.

قلت: أرأيت إن كان إنما جعلها حبساً على الرجل بعد موت البنات أيعطي الغلة أيضاً في الفترة كما أعطيها حيتن أبَتلتْ له بالصدقة.

قال محمد بن رشد: لم يجب ابن القاسم من هذه المسألة في موضعين: أحَدُهُما: إذا تزوج البناتُ كلهن وقد استثنى المحبس مرجع الدار إليه بعدهن. فقال إن الغلة تكون في تلك الفترة للمحبس إن كان حياً بما استثنى من مرجع الحبس إليه أو لورثته إن كان ميتاً: بناتِهِ المتزوجاتِ وغيرهن على سبيل الميراث، فسأله إن لم يكن له وارث معهن غير جماعة المسلمين أيكون لهن ثلثُ الغلة أو لا يكون لهن منها شيء إلَّا أن يكون معهن وارث من الولد أو ولد الولد للمحبس يرد ذلك عليهن؟ فلم يجب على ذلك. والجواب عليه، أنه يكون لهن ثلث الغلة، والثلث لجماعة المسلمين لأنهم هم الوارثون للمحبس معهن ولا إشكال في ذلك على مذهبه. والموضع الثاني إذا جعل الدار بعد البنات حبساً على رجل لَا صَدَقَة مُبَتلَةً هل تكون الغلة له في تلك الفترة وهي ما دامت البنات متزوجات والجواب في ذلك أنها تكون له على ما وقع من رواية ابن القاسم عن مالك في رسم يوصي لمكاتبه من سماع عيسى، وقد مضى هذا الكلام هناك على معاني هذه المسألة، فلا معنى لإعادته.

ويدخل في تحبيس الرجل دارَه على بناته بناتُ بنيه الذكور حسبما مضى في رسم العشور من سماع عيسى قبل هذا، وقد مضى بيانه وبالله للتوفيق.

ومن كتاب الصلاة

وسئل عن رجل حبس منزلاً له في وصيته على ولده وولد ولده فإذا انقرضوا فهي حبس في سبيل الله واستثنى أيما امرأة تزوجت من بناته أو بنات بنيه فلا حقّ لها في الحبس إلَّا أن تردها رادّة من موت زوج أو طلاقه. فقال أن وَسِعَ ذلك الثلثُ قُسِمَ المنزل على عدد الولد الذكور والإناث وولده، الولدُ الذكورُ والإناث شَرعاً سواء فما صار لولد الولد ولهم خاصة لا يدخل معهم فيه أحدٌ من ورثة الموصي، وما صار لأعيان ولد الموصي من قسمة الدار المحبسة دخلت عليهم فيه أمُّ الميت وزوجتُهُ وكل من ورثه فاقتسموه على كتاب الله، لأنه أوصى لوارث. قال فإن تزوج من أعيان بناتِ الميت المحبِّس دِنْيَةً أُخِذَ القسم بينهم ثانية فقسِمَ بين الأعيان أجمعين ما عدا المتزوجة وولد الولد وأنزلت المتزوجة كان لم تكن من بنات الميت، فما صار من ذلك لولد الولد فلهم خاصة لا يدخل عليهم فيه أحد من ورثة الميت، وما صار لأعيانْ ولد الميت دنية قسم بينهم وبين جميع من ورث الميت على كتاب الله، ودخلت معهم الابنة المتزوجة لأن الذي استثنى عليها أبوها لا يُخرجها من حقها من الميراث. وإنما يُطْرَحُ عندما يقسم المنزل بين أعيان ولد الميت وولد ولده ليستكمل ولد الولد وصاياهم المحبسة عليهم. قال: فإن ردت الابنة رادة كانت على حقها في السكنى وأعيد أيضاً القسمِ ثالثة فعدل الحبس بين من حبس عليه شرعاً سواء ولد الأعيان جميعاً وابنته الرابعة معهم وولد الولد كلهم، فما صار لولد الولد من ذلك لم يدخل عليهم فيه غيرُهُ، وما صار لأعيان الولد الابنةُ المردودة وغيرها فهو يقسم على جميع ورثة الميت على كتاب الله. قال من تزوج من بنات البنين سقط أيضاً حقها من السكنى وأعيد القسم بينهم على ما فسرت لك، وألغيت المتزوجة من بنات الأبناء من القسم وأنزلتَها كأن لم تكن، فإن رَدّتْها رجعت على حقها من السكنى وأعيد القسم من أجل رجوعها بين ولد الولد وأعيان ولد الميت، وكلما أعيد القسم بتزويج ابنة أو ابنة ابن أو لرجوعها فإن ما حصل لولد الولد لا يدخل عليهم فيه غيرهم، وما حصل لأعيان الولد يدخل فيه معهم جميع ورثة الميت. قال وإن مَات أحد من أعيان ولد الميت أعيد القسم وطرح الهالك، فإذا أعطى ولد الولد حقهم نظر إلى ما صار لأعيان الولد فقسم عليهم وأعيد سهم الهالك معهم وجميع من ورث. فما صار في القسمة للهالك اقتسمه كل من ورث الهالك من أعيان ولد الميت من كانوا على كتاب الله. وكلما انقرض من

أعيان ولد الميت أحد أعيد القسم على ما فسرتُ لك، وجُعِلَ حظ الهالك لورثته حتى ينقرض أعيان ولد الميت أجمعون. فإذا لم يبق منهم أحد فبقي ولد الولد سقطت مواريث كل من ورث بانقراض أعيان ولده، وصار الحبس إلى ولد الولد يقسم بينهم على ما حبسه جدهم، ومن مات من ولد الولد رجع حقه على من بقي ما بقي منهم أحد أو من أهل الحبس معهم أحد. فإذا انقرض جميعُ من حبس عليه صَارَتْ إلى ما حبسها عليه الميت من سبيل الله.

قال: وإن انقرض ولدُ الولد قبل أعيان الولد رجع الحبس كله إلى أعيان الولد فقسم بينهم وبين من ورث الميت على فرائض الله. فإذا انقرض أعيان الولد كلهم سقطت حقوق أهل المواريث كلها ورجعت حبساً في سبيل الله.

قال محمد بن رشد: قوله إن الدار تقسم على عدد الولد الذكور والإناث وولد الولد الذكور والإناث شرعاً سواء، هو مثلُ ما تقدم له في رسم القطعان من سماع عيسى. وظاهره وإن اختلفت أحوالُهم. وقيل معناه إن استوت أحوالهم. قاله سحنون وإليه ذهب ابن المواز، وإنما تقسم الدار على عددهم كما قال إذا لم يكن بُدٌّ من ذلك، مثل أن يكون عددهم خمسة أو سبعة أو أحد عشر أو ثمانية والولد الذي للصلب واحدٌ أو كلهم للصلب إلَّا واحداً أو تسعة أربعة منهم للصلب أو خمسة وما أشبه ذلك. وأما إن كان الذين للصلب منهم أربعة وولد الولد أربعة فإنما تقسم الدار بينهم بنصفين فيدخل في النصف الذي صَارَ للولد الأعيان جميع ورثة المحبس، وسكن ولد الولد في النصف الذي صار لهم منها إن حملهم السكنى، فإن لم يحملهم السكنى أُكرِيَ واقتسم بينهم الكراء بالسواء للذكر مثل حظ الأنثى، والنصف الثاني الذي صار لولد الأعيان يكون بين جميع الورثة على سبيل الميراث إن لم يتفقوا على سكناه اقتسموا كِرَاءَهُ على حسب الميراث.

وقولُه: فإن تزوج أحدٌ من أعيان بنات الميت المحبس دنية أعيد القسم بينهم ثانية فقسم بين الأعيان أجمعين ما عدا المتزوجة وولد الولد وأنزلت المتزوجةُ كأن لم تكن من بنات الميت، فما صار من ذلك لولد الولد فلهم خاصة لا يدخل عليهم فيه أحد من ورثة الميت، وما صار لأعيان ولد الميت دنية قسم بينهم وبين جميع من ورث الميت على كتاب الله، ودخلت معهم الابنة المتزوجة لأن الذي استثنى عليها أبوها لا يخرجها من حقها من الميراث. هو خلاف قوله المتقدم في رسم القطعان من سماع عيسى أنه لا يعاد القسم إلَّا إذا زاد عدد ولد الولد. وأما إذا نقص عددهم بموت أحدهم فلا

ينقض القسم وإنما يقسم حظ الميت من ولد الأعيان الذي صار له في القسم من الدار حين قسمت على عدد الولد وولد الولد كاملاً بعد أن يُرَد للزوجة قيمة الثمن الذي قبضت منه والأم السدس الذي قبضت على من بقي من ولد الميت دينه وعلى ولد الولد. فما صار من ذلك لولد الأعيان كان ميراثاً بين جميع ورثة الميت المحبس الزوجة والأم والولد الميت ومن بقي من أولاده الأحياء، فما ناب الميتَ من ذلك كان لجميع ورثته من زوجة وأم إن كانت له زوجة وأم ومن سواهم. وهذا إن انقسم حظ الميت منهم على عدد من بقي منهم وعلى عدد ولد الولد. وأما إن لم ينقسم عليهم فلا بد من أن تعاد القسمة في الجميع كما قال في هذه الرواية فيحتمل أن يكون تكلم في هذه الرواية على أن حظ المتزوجة من أعيان بنات الميت المحبس أو من بنات ولده لا ينقسم على عدد من بقي من ولده الأعيان وعدد ولد ولده. وتكلم في رسم القطعان من سماع عيسى على أن حظ الميت من ولد الأعيان أو ولد الولد ينقسم على عدد من بقي منهم وعدد الآخرين، فلا يكون بين الروايتين اختلاف. وظاهر رواية يحيى هذه أن يعاد قسم الجميع وإن كان حظ المتزوجة الذي صار لها بالقسم الأول ينقسم خلاف ما في رسم القطعان من سماع عيسى أنه يقسم معناه إذا كان ينقسم. وروايةُ عيسى أنه يقسم إذا كان ينقسم أصحُّ في المعنى، إلّا أنه يبعد أن ينقسم. وأما إذا كان لا ينقسم فلا اختلاف في أنه لا يقسم ولو لم تنقسم الدارُ كلها من أول عدد الولد وولد الولد لكان الحكم فيها أن تكري ويقسم الكراء بينهم على عددهم، فما ناب ولدَ الأعيان منه كان ميراثاً بين جميع الورثة، وما ناب كل واحد من ولد الولد كان له إلّا أن يموت أحد منهم أو يتزوج فيقسم ما اجتمع من غلة الدار من يوم مات الميت منهم على من بقي منهم حسبما وصفناه، فما وجب لولد الأعيان كان ميراثاً بين جميع ورثة الميت المحبس فمن كان منهم حيا أخذ حقه، ومن كان منهم قد مات ورث حقه عنه ورثته.

وقوله في هذه الرواية في آخر هذه المسألة وأن انقرض ولد الولد قبل أعيان الولد رجع الحبس كله إلى أعيان الولد فيقسم بينهم وبين من ورث الميت على فرائض الله صحيح على مذهب ابن القاسم، خلافُ ما تقدم من قول سحنون في رسم القطعان من سماعَ عيسى. والأصل في هذا على مذهب ابن القاسم أن كُلَّ مَا رجع إلى الولد من جهة ولد الولد على طريق رجوع الأحباس إلى الأقرب بالمحبس فلا دخول للزوجة ولا للأم ولا للميت من الولد في ذلك، وما رجع إلى الولد من جهة ولد الولد على طريق حكم الوصية التي أوصى بها المحبِّس فالأم والزوجة تدخلان في ذلك مع من

مات من الولد. وسحنون يقول إنّ ما رجع إلى الولد من جهة ولد الولد فلا تدخل فيه الأم والزوجة ولا من مات من ورثة المحبس، سواء رجع إليهم ذلك بحكم مرجع الأحباس بعد انقراض جميع الولد المحبس عليهم، أو بحكم الحبس في وجوب رجوع حظ من مات منهم إلى أصحابه في الحبس، وهو خطأ من القول على ما بيناه في رسم القطعان من سماع عيسى وبالله التوفيق.

من سماع سحنون بن سعيد وسؤاله ابن القاسم

قال سحنون: سألت ابن القاسم عن وجه قسم الحبس إذا قال الرجل داري حبس على بني فلان وهم حُضُورٌ كلهم أو بعضُهُم حضور والآخرون غُيَّبٌ في بلدان شتى قد اتخذوها دوراً أو غيب في تجارات وحوائج لهم، قال إذا كانوا حضوراً أُوثِرَ أهلُ الحاجة فسكنوا، فإن فضل فضل كان للأغنياء، وأن كان فضل أكري وأوثرَ أهل الحاجة أيضاً، وإن لم يكن إلَّا قَدْرُ السكنى أُوثِرَ أهلُ الحاجة فكانوا أحقّ، فإن استغنى أهل الحاجة وافتقر بعض الأغنياء لم يخرج الذين سكنوا أولاً منهم، وكان ذلك لِوَلَدِ أولادهم على الأحوج فالأحوج، ولم يخرج الأغنياء الذين افتقروا، وإن كان بعضهم غنياً في بلد سكنوها قسم للحاضر وأُوثرَ أهل الحاجة منهم إلَّا أن يكون فضل فيُكرى ويؤثر أهل الحاجة به. فإن قدم أولئك لم يخرج لهم أحد من أولئك وكذلك إن خرج أحد ممن قسم له إلى بلد فسكنها واتخذها داراً فسكن منزله ثم رجع لم يكن له في منزله حقّ إلَّا أن يكون خرج في حاجة له فهو أحق به ولا يُسْكَنُ له منزلُهُ. وأما إن كان بعضهم حضوراً وبعضهم غيباً في حوائج أو تجارة وليس غيبتُهُم فيها سَكَناً في بلد فأرى أن تقسم لهم حقوقُهُم في ذلك، فهذا أوْجَهُ ما سمعت.

قال محمد بن رشد: هذا من قول ابن القاسم مثلُ ما تقدم من قوله في رسم إن خرجت من سماع عيسى ومن روايته عن مالك في رسم البز من سماعه. وهو المعلوم من مذهبه خلافُ مذهب ابن الماجشون فيما حكى عنه ابن المواز من أن الحبس المعقب كالحبس على المعينين يقسم عليهم بالسواء، ولا يفضل الفقير منهم على الغني، وُيوجَدُ مثلُهُ لابن القاسم بالمعنى، والظاهر حسبما ذكرناه في أول رسم من سماع ابن القاسم. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم في تفسير يرجع إلى أوْلَى الناس بالمحبس حبساً إنما ذلك على

من يرثه، وليس على أولى الناس به مِمّن لا يرثه من عمة أو خالة أو نحوها.

قال محمد بن رشد: أما الخالة فلا اختلاف في أنه لا مدخل لها في مرجع الحبس، وكذلك الأخوات والإخوة للأم وبنات الأخوات ما كن وبنات البنات وبنو البنات وبنو الأخوات. وأما العمة فتدخل فيه على اختلاف قد مضى تحصيله في أول سماع ابن القاسم. فإن كان أصل الحبس على محتاجين مثل أن يقول هو حبس على الفقراء من ولدي وولد ولدي أو على محتاجي آل فلان وما أشبه ذلك فلا يرجع الحبس إلّا إلى أقرب الناس بالمحبس من الفقراء. وأما إذا كان الحبس على ولده أو على آل فلان دون أن يخص الفقير منهم فالمشهورُ أن الحبس يرجع بعد انقراض المحبس عليهم إلى أقرب الناسخ من المحبس من الفقراء. وهو قول ابن القاسم وروايتُهُ عن مالك في المدونة، وقد روى ابنُ نافع عن مالك في المدونة أنه يرجع إلى أقرب الناس به من الأغنياء والفقراء إلَّا أن يبدأ الفقير على الغني. وقد قيل إنه إن كان سكنى دخل فيه الغني والفقير إن لم يكن له مسكن إذ لا يستغني الغني عن مسكن، وإن كان غلة لم يكن للغني فيها مدخل. وبالله تعالى التوفيق.

مسألة:

قال سحنون وإذا قال غلامي يخدم فلاناً يوماً وفلاناً يوماً فهو بمنزلة ما يُقْسم إن مات منهما أحدٌ رجع نصيبُهُ إلى صاحب الأصل، وإنما يكون ما فسرتُ لك إذا كان حبّس عليهما العبدَ جميعاً يخدمهما حيث كانا ولم يَقْسِمْ هو الخدمة بينهما.

قال محمد بن رشد: قد مضى القولُ فيها في أول سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال أشهب في القوم يحبس عليهم الدار وبعضهم غيب في سفر وهم فقراء وآخرون حُضُورٌ وهم أغنياء، والدار حاضرة مع الأغنياء. قال: توقف للفقراء إلَّا أن يتخذوا الموضع الذي سافروا إليه وطناً فيُعْطَاهَا مَنْ ها هنا من الأغنياء ولا يخرجوا عنها بعد ذلك، وإن لم يتخذ الفقراءُ الذين هم به وَطَناً ورجعوا كانوا أحقّ بالدار إن كان سكنى فهم أحق، وإن كانت غلة فهم أحق إلَّا أن يكون في الدار فضل فَيُعْطَاهَا الأغنياء، وإن فضل. فضل أكري وأوثر أهل الحاجة، قلت فإن كانت الدار واسعة فقال الأغنياء نحن لا نحتاج، ولكن ينظر إلى قدر ما يصير لنا من السكنى فيسكنه من أحببنا ونكريه؟ قال: ذلك لهم.

قال محمد بن رشد: هذا نحو ما تقدم قبل هذا في هذا السماع من قول ابن

القاسم. وفي المواضع المذكورة منه. والأصل في هذا أن المُبَدّأ في الحبس أهلُ الحاجة على الأغنياء في الغلة والسكنى. فإن كان سكنى فلا شيء للأغنياء معهم فيه إلّا ما يفضل عنهم، وإن كان منهم أحد غائباً في مبتدأ القسم انتُظِرَ إلَّا أن يتّخِذَ موضعَه الذي غاب إليه وطناً. وكذلك إن كان غاب بعد أن سكن لم يدخل عليه أحد إلَّا أن يتخذ موضعه الذي غاب إليه وطناً، فإن استووا في الفقر أو الغناء ولم يَسَعْهم السكنى أكْرِي ذلك عليهم وقسم الكراء بينهم شرعاً سواء، إلَّا أن يرضى أحدهم أن يكون عليه ما يصير لأصحابه من الكراء ويسكن فيها فيكون ذلك له. قاله ابن المواز، وإن كان الحبس غلة ولم يكن سكنى أُوثرَ أهل الحاجة منهم على الأغنياء وكان حقّ من غاب في ذلك كمن حضر سواء وبالله التوفيق.

مسألة:

قالا وسئل ابنُ القاسم عن الذي يقول داري حبس على ابنتي وعلى ولدها، قال: فولدُها يدخلون ذكورُهم وإناثهم، وإذا ماتوا كان ذلك لأولاد الذكور من ولدها ذكورهم وإناثهم، ولم يكن لولد بناتها شيء ذكورهم ولا إناثهم. وكذلك قال مالك: إنما يكون حبساً على كل من يرجع نسبُهُ إلى الابنة، وقال غيره: إنما تكون حبساً على ولد الابنة دنية من الذكور والإناث، فإذا ماتوا لم يكن لأولاد أولادهم شيء.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم وروايته عن مالك في أن ولد الابنة كل من يرجع نسبه إليها من ولد الولد الذكور ذكوراً كانوا أو إناثاً وأن ولد بناتها ليسوا بولدها ولا بعقبها ولا شيء لهم هو مذهب مَالك الذي لم يختلف قولُه فيه بنص ولا دليل، فهو أدخلهم في الحبس على مذهبه فلم يدخلهم من أجل أنهم عقب وإنما أدخلهم فيه بإدخال المحبس إياهم في حبسه وإن لم يكونوا عقبة له بقوله حبست على ولدي وولد ولدي أو على عقبي وعقب عقبي. وقد حصلنا القولَ في هذه المسألة في غير هذا الديوان وهو كتاب المقدمات فمن أراد الوقوف على الشفا في ذلك تأمله هنالك. وقد مضى الكلامُ على وجه قَوْلي غيرِ هذا في آخر أول رسم من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

من مسائل نوازل سئل عنها سحنون

قال سحنون أخبرني علي بن زياد عن مالك أنه قال في رجل حبس غلاماً على رجل عشر سنين فأراد الذي حبس عليه الغلام أن يقاطعه على شيء يأخذه منه ويضع

عنه الخدمة: لم يكن ذلك له إلّا أن يشاء السيد.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأنه إنما حبس عليه خدمه العبد فلا حقّ له في ماله يجوز له مقاطعته على الخدمة بشيء منه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل سحنون عن رجل حبس داراً له على ولده وولد ولده وكان عليه دين من قَبْلِ أن يحبس فاستحدث أيضاً ديناً بعد الحبس. فما ترى يباع منها؟ أيُباع بمقدار الدين الأول فقط؟ أم ترى إذا بيع الدين الأول أن يدخل معهم أهل الدين الآخر. قال سحنون: قد قيل إنه يباع الدين الأول ويدخل عليه أهل الدين الآخر ولا يدخل عليه غيرُ ذلك. وقد قيل أيضاً أنه إذا بيع للأول فدخل عليهم الآخرون بالحصص ويباع لهم أيضاً إنه انتقصوهم فهذا بيع دخل عليهم الآخرون هكذا حتى يستوفوا أو ينفذ الحبس فلا يكون فيه قضاء، وأصحابُنا يقولون هذين القولين في العتق والحبس مثله. قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم البيوع من سماع أصبغ من كتاب المديان والتفليس، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل سحنون عن الدار المحبسة هل يجوز بيعها؟ فقال لم يُجِزْ أصحابُنا بيعَ الحبس على حالٍ إلّا أن يكون داراً في جوار مسجد فيحتاج إليها لتدخل في المسجد ويوسع بها المسجد فإنهم وسعوا في بيعها في مثل هذا ورأى أن يشتري بثمنها داراً مثلها فتكون حبساً وقد أدخل في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم دورٌ كانت محبسة.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول في هذه المسألة في رسم طلق من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

مسألة:

قال سحنون في رجل حبس داراً له على ولده وولد ولده لا تباع ولا تورث حبساً صدقة والولد صغار في حجر أو كبار بالغون فأكراها الأب المحبس من رجل خمسين سنة أو أكثر وقبض الكراء ثم مات بعد ذلك بيسير وترك مالاً أو مات عديماً لا مال له، ثم قام هؤلاء المحبسُ عليهم فأرادوا فسخ الكراء هل ترى لهم ذلك أم لا؟ وكيف إن كان الولد صغاراً في حجر أبيهم وأشهد لهم الأبُ أنه إنما أكري هذه الدار لهم أو لم يُشهد لهم بذلك؟ وكيف إن لم يوجد للأب مال ورأيتَ فسخَ الكراء هل يباع من هذه الدار شيءٌ قَدْرَ الكراء أم لا؟ ما القول في ذلك كله؟ قال سحنون: أما حبسه على

الأكابر البالغين فأرَاهُ غيرَ جائز لأنهم لم يقبضوا- وهم ممن يقبض- حتى أغلق الكراء فيها ثم مات ولم يُقَمْ عليه. وأما الولد الصغار فإذا أشهدَ لهم بالحبس وهو القابض لهم ثم فعل مِنْ إغْلَاقِهَا بالكراء إلى الأمَدِ الذي لا يجوز له وإنما كان يجوز له أن يكري عليهم إلى مقدار بلوغهم ونحو ذلك، فإذا مات قبل بلوغ الصغار فإن كراءه لا يجوز إلى هذا الأمد البعيد ويفسخ ما فات منه وبعد، ويرجع الذين اكتروا بما بقي لهم من بعدهم في مال الأب إن كان له مال، وإن لم يكن له مال فهو دين يطلب به في الآخرة.

قال محمد بن رشد: هذا كله بين على ما قاله، أما الكبار فلما لم يحوزهم ما حَبس عليهم حتى مات وقد كان أغلق الكراء عليها وجب أن يبطل الحبس لعدم الحيازة فيه، وإن بطل الحبس وجب أن ينفذ الكراء على ورثته في الدار إلى الأمد الذي أكراها إليه، كمن أكري دَاره خمسين سنة أو أكثر وقبض الكراء ثم مات.

وأما الصغار فلا يبطل تحبيسه الدار عليهم بكرائه إياها المدة الطويلة إذا أشهد لهم بالحبس، لأنه هو الناظر لهم وقوله إنه يفسخ ما زاد من الكراء على قدر بلوغهم هو على ما قاله ابن القاسم في الجُعْلِ والإِجارة من المدونة من أن الأب كالوصي لا يجوز له أن يكري على ابنه أرضه وماله السنين الكثيرة التي يعلم أن الصبي يحتلم قبل انقضائها، وليس إجازته الكراء عليهم إلى بلوغهم- يريد وإن انتقد- بِمُعَارِضٍ لما في الوصايا الثاني من المدونة أنه من أخدم عبداً حياته فلا يجوز له أن يكريه إلَّا الأمَدَ القريبَ السنة والسنتين والأمد المأمون من أجل أن الكراء ينفسخ بموته، لأن ولد الصغار في هذه المسألة وإن كان ينتقض الكراء في حظ كل واحد منهم بموته ويرجع إلى إخوته وهم إلى نظره فهُمْ بخلاف الواحد في هذا، لأنَّ الغَرَرَ يخف في الجماعة فتدبر ذلك وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يقول ثَمَرُ حائطي حبس على فلان، ولا يقول حياتَه ولا يجعل لذلك وقتاً. فقال: إن كان فيها ثمرٌ يومَ قال هذه المقالة فلك ثمرة تلك السنة.

قال محمد بن رشد: فإن لم يكن في الحائط ثمر يوم قال هذه المقالة فله ثمرة ذلك الحائط. قاله ابن القاسم وتابعه عليه سحنون في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الوصايا فيمن قال في مرضه: لفلان ثمر حائطي ولم يقل حبساً فكيف إذا قال حبساً؟ ووجهُ ذلك أنه إذا كان للحائط يوم قال ذلك ثمرة احتمل أن يكون أراد تلك الثمرة خاصة ولم يرد سواها، فوجب ألَّا يكون له ما سواها إلَّا بيقين، وإذا لم يكن

في الحائط ثمرة ذلك اليوم وجب أن يكون له ثمرتُه فيما يستقبل حياتَه لتناول لفظه لذلك تناولاً واحداً وبالله التوفيق.

من سماع محمد بن خالد وسؤاله ابن القاسم

قال محمد بن خالد: سألتُ عبد الرحمن بن القاسم عن رجل حبس فرساً له في سبيل الله يحمل عليه رجلاً يغزو عليه فغزى فلما دخل الجيشُ أرضَ العدو جعل الإمامُ لكل من عُقِرَ له فرسُه أخلفه له، ثم إن ذلك الرجل المحمول على الفرس عقر الفرس تحته فأخلفه له الإمام غيره، فقال ابن القاسم أرى أن يكون حبساً على حال ما كان عليه الآخر.

قال محمد بن خالد: وقد كنتُ سألت ابنَ نافع عن ذلك فلا أعلم إلَّا أنه قال كقوله. قلت لابن القاسم: أرأيت لو لم يكن حبساً إلَّا أنه حمل عليه رجلاً يقضي عليه غزاته فإذا قضاها رده إلى سيده كيف يكون هذا الفرس الذي حمل عليه؟ قال ابن القاسم: يكون أنه يرجع إلى سيده، لأنه إنما جعل مكانه فكأنه لم يُصَبْ به.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال لأنه إنما أراد خَلَفَ الفرس المعقور، فوجب أن يكون مكانَه على حاله التي كان عليها من ملك أو يحبس على رجل بعينه أو في سبيل ولا أذكر في هذا اختلافاً.

مسألة:

وقال ابنُ القاسم في رجل أوصى لرجل بدار حبساً عليه حياتَه ولرجل آخر بما بقي من الثلث فنظر في ماله من بعد موت الموصِي، فوجدت الدارُ كَفَافاً من الثلث لا فضل عنها، قال: يكون حبساً على الرجل حياته فإذا رجعت صارت إلى الذي أوصى له بما بقي من الثلث لأنها إذا رجعت فهي بقية الثلث.

قال محمد بن خالد: سئل أشهب عن ذلك فقال كقوله، قلت لأشهب فإن كان في الثلث فضل عن الدار مثل ثمر الدار؟ قال يعطاه الذي أوصى له ببقية الثلث، ثم إذا رجعت الدارُ صارت إلى الذي أوصى له ببقية الثلث.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال. وهو مما لا اختلاف فيه أحفظه، لأن الدار إذا كانت كفاف الثلث فمرجعها هو بقية الثلث، وإن كان في الثلث فضل عنها فللموصى له ببقية الثلث ذلك الفضلُ والدارُ إذا رجعت لأن مرجعها من بقية الثلث وبالله التوفيق.

مسألة:

قال محمد: قلت لأشهب فرجل أوصى فقال ما بقي من ثلثي فهو لفلان ثم لم يُوص بأكثرَ من ذلك حتى مات. قال يُعطي الموصَى له ببقية الثلث ثلث الميت.

قال محمد بن خالد: قال داود بن سعيد: لا شيء له مثل قول ابن القاسم.

قال محمد بن رشد: وقعت رواية محمد هذه عن أشهب في بعض الكتب وسقطت من بعضها والصواب ثبوتُها. لأن روايةَ داود بن سعيد بعدها لا تصح أن تعطف على المسألة التي قبلها. ووقعت رواية محمد هذه عن أشهب في سماعه أيضاً من كتاب الوصايا وفي بعض الروايات فيها مكان ثلث الميت ثلث الثلث. فقيل إن ذلك غلط في الرواية وتصحيف فيها. وقيل إنه اختلاف من قول أشهب. وقولٌ ثالثٌ في المسألة على ذلك حمله ابنُ حارث في كتاب الاتفاق والاختلاف له. ولمالك مثل قول ابن القاسم أنه لا شيء له في رسم أسلم ورسم أوصى ورسم بع من سماع عيسى من كتاب الوصايا. ووجْهُ ذلك أنه قد كان مُجْمِعاً على أن يوصي ولا يَدْرِي لو أوصى هل، كان يفضل من الثلث شيء أم لا وَلَا تَكُونُ الوصايا بالشك كما لا يكون الميراث بالشك. ووجه قول أشهب إنه لما لم يوص بشيء بعد أن جعل لهذا ما بقي من الثلث فقد أبقى له جميع الثلث. فلكلي القولين وجه. وأما أن يكون له ثلثُ الثلث على ما وقع لأشهب في بعض الكتب فهو بعيد لا حظ لَهُ في النظر، ولو قيل إنه يكون له نصف الثلث لكان قولاً له وجه، لأنه يقول لِي جميعُ الثلث، لأن الميت لما لم يوص فيه بشيء فقد تركه كله لي، ويقول له الورثةُ لا شيء لك إذ لم يُوص فيُعْلَمَ ما يبقى لك بعد وصاياهُ، فيُقْسَمُ بينهما الثلثُ بنصفين على هذا الوجه وبالله التوفيق.

من سماع عبد الملك من ابن وهب

قال عبد الملك: سألتُ ابن وهب عمن قال خذوا من مالي مائة فأنفقوها في داري التي حبست في سبيل الله، فاستحقت الدار، قال: ترد المائة إلى الورثة، قيل له فإن كانت أنفقت في الدار؟ قال: إن أنفقت أو أنفق بعضها رد جميعها إلى الورثة.

قال محمد بن رشد: يريد أنه كما ترد إذا لم ينفق إلى الورثة فكذلك يرد إليهم ما أُخِذَ من المستحق إن كانت قد أنفقت، لأنهم لما كان لهم أن يأخذوا من المستحق ما أنفقه في الدار أو قيمة البنيان قائماً على الاختلاف المعلوم في ذلك فكأن المائةَ قائمة وبالله التوفيق.

من سماع أصبغ بن الفرج من ابن القاسم من كتاب البيع والصرف

قال أصبغ: سمعت ابنَ القاسم يقول في الرجل يُسْكِنُ الرجلَ الدارَ عشرين سنة ثم المرجع إليه فيبيع المرجع: إنه لا خير فيه لأنه غرر، ولا يدري كيف يرجع؟ ولو كان ذلك أيضاً مزرعة وما أشبه ذلك لم يكن به بأس أو سكنى قرية مأمونة فلا بأس به.

قال محمد بن رشد: وقع في بعض الروايات مكان أو سكنى قرية مأمونة أو سكنى قريبا مأمونا. والمعنى في الروايتين صحيح، لأن قوله أو سكنى قرية مأمونة يريد من تغير بنائها إلى الحد الذي استثناه، وأما قوله أو سكنى قريباً مأموناً فلا إشكال في معناه. وقد مضى القولُ على هذه المسألة في رسم البيوع الأول من سماع أشهب. وذكرنا هناك ما فيها من الاختلاف وَوَجْهَهُ فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب الوصايا والأقضية

قال أصبغ وسمعت ابنَ وهب وسئل عن رجل حبس داره على رجل فقال لا تباع ولا توهب ثم بَدَا له أن يُبَتِّلَهَا فقال له هي عليك صدقة فقال: هي له يصْنع فيها ما يشاء، فرُوجِعَ فيها وقال إنه لم يقل ذلك، إنما قال هي حبس عليك أو قد حبستها عليك لا تباع ولا توهب، ثم بَدَا له فقال: الذي حبستُ عليك هو صدقة عليك إنما ابتله لك الساعة فهو له يصنع به ما شاء، وذلك جائز لأنه يجوز له أن يتصدق بماله. قال أصبغ ولا يقول ذلك ويقول هي حبس أَبَداً ومجراها مجرى الحبس المؤبد بعد موته، قيل له: فإن قال حبس عليك وعلى عقبك ثم أراد أن يبتلها له الساعة فقال: لا يجوز له ذلك إذا أشرك معه غيره فليس ذلك له ولا يجوز.

قال محمد بن رشد: قولُ أصبغ يأتي على قول مالك في المدونة لأنه لم يختلف قولُه فيها أنه إذا قال حبساً صدقة أو قال حبساً لا يباع أنها لا ترجع إلى المحبس ملكاً، وإنما ترجع إلى أقرب الناس بالمحبس حبسا فإذا لم ترجع إليه على قوله فيها ملكاً فلا يجوز له أن يبتلها وُيبْطِلَ المرجعَ إذ قَدْ أَنْبَتَتْ منه ووجب المرجع لأقرب الناس حبساً عليه كما قال أصبغ. وعلى قول مالك في مختصر ابن عبد الحكم أنها ترجع إليه ملكاً. وإن قال حبساً صدقة يجوز له أن يُبتلها. وإن قال لا تباع ولا توهب لاحتمال أن يكون أراد بقوله صدقة أي صدقة عليه ما عاش وأن يكون أراد بقوله لا تباع ولا توهب أي لا تباع ولا توهب ما عاش. فلم يَرَ على ما في كتاب ابن عبد الحكم من قول مالك، وهو مثل قول ابن وهب هذا لن يرتفع مِلْكُ المحبس عن الحبس إذا حبسه على معين إلَّا

بيقين، فقول ابن وهب وأصبغ جاريان على اختلاف قول مالك وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل قال داري لفلان يسكنها أَيَسْتَغِلّها؟ قال: نعم هو يستغلها إن شاء سكن وإن شاء استغل.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إنه إذا قال يسكنها فله أن يستغلها وإذا قال يستغلها فله أن يسكنها لأنه قد أباح له منفعتها في الوجهين فله أن يأخذها كيف شاء إن شاء بسكناه فيها وإن شاء باستغلاله لها، وأما إن حبسها على أن يسكنها أو على أن يستغلها بشرط فلا يكون له أن يخالف ما شرط عليه فيها من السكنى والاستغلال، إذ قد يكون له غَرَضٌ فيما اشترط من ذلك عليه، فيلزمه الشرط لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطاً أَحَلَّ حَرَاماً أو حَرَّمَ حَلالاً"(١).

مسألة:

وسئل عن رجل قال داري لفلان يسكنها وفلان يستغلها ولفلان رقبتها فتعدى رجل على بيت في الدار فهدمه، قال: يغرم قيمتَه، قيل له: فقد غرمها لمن يكون؟ قال يُبنى بها ذلك البيت، قيل له: فلصاحب الرقبة شيء؟ قال: لا حتى يموت هَذَانِ يسكنها هذا ويستغلها هذا، فإذا انقرض هذان كانت الدار لصاحب الرقبة قيل له: فإن انهدمت الدار؟ قال: إن أحب هؤلاء يريد صاحب السكنى وصاحب الغلة أن يبنوا، قيل: فبنوا أي شيء يكون لهم؟ قال: يسكنوا ويستغلوا على ما كانت ويكون لهم ما أنفقوا على الذي جعلت له الرقبة، لأن الدار تصير إليه، قيل له: فإن قالا لا نبني ليس عندنا شيء؟ قال: يقال لصاحب الرقبة ابن، فإذا بنى كان له أن يستوفي منها قيمة ما بَنَى من غلة الدار في معنى قوله فإذا استوفى قيمة ما بنى كانت الدار لهذين صاحب الغلة وصاحب السكنى حتى يموتا، فإذا ماتا رجعت إلى الذي جعلت له الرقبة. قيل فمات أحدهما صاحب الغلة؟ قال: إذا مات أحدهما رجع نصيبه إلى صاحب الرقبة. قيل: فإن كانت

---

(١) أخرجه الترمذي (١٢٦٩)، وأخرجه أبو داود (٣١٢٣)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢٢٤٦)، وأخرجه ابن الجارود في المنتقى (٩٨٥)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٥٣٨)، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير (١١٦١)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٥٧٢)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (١٣٥٢٠)، وأخرجه مالك بن أنس في المدونة الكبرى (٥١٦)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٤٢٥)، وأخرجه ابن زياد النيسابوري في الزيادات على كتاب المزني (٢٥١).

الدار هي الثلث قال كيف يكون الثلث؟ قال السائل: أوصى فقال داري لفلان يسكنها وفلان يستغلها ولفلان رقبتها فإذا هي الثلث سواء، فتوفي صاحب الغلة أو السكنى فقال نعم أما إذا مات أحدهما رجع نصيبُه إلى الذي جعلت له الرقبة لأنه بمنزلة صاحبها لو كان حياً.

قال محمد بن رشد: معنى قوله لفلان يسكنها وفلان يستغلها أن يكون للذي جعل له سكناها أن يسكنها بقيمة سكناها فيكون الكراء للذي جعل له استغلالها، فإن مات صاحب الغلة رجع نصيبه إلى صاحب الرقبة كما قال، لأنه إنما جعل له استغلالها طول حياته لا أكثر، وإن مات صاحب السكنى رجع ما كان من الحقّ له في ذلك إلى صاحب الرقبة على ما قاله في آخر المسألة إذا كان ذلك في وصية فيتحمل الدارَ الثلث، إذ لا فرق بين أن يقول ذلك في صحته أو في وصيته فيحمل الدارَ الثلث.

ولم يَجْرِ في انهدام على أصل، لأنه قال إن بناها صاحب السكنى والغلة سَكَنَ هذا واستغل هذا على ما كانا عليه، ورجعا بنفقتها على صاحب الرقبة، وإن بناها صاحب الرقبة كان له أن يستوفي نفقته من غلتها فجعل البنيان إذا بناها صاحب الغلة على صاحب الرقبة إذْ أوجب له الرجوع عليه. وإذا بناها صاحب الرقبة على صاحب الغلة إذْ أوجب له أن يستوفي نفقته من غلتها وإنما في المسألة قولان على ما في كتاب الجنايات من المدونة في الرجل يوصي بخدمة عبده لرجل وبرقبته لآخر فيجني العبد جناية، أحدهما أن البنيان على صاحب الرقبة فإن بناها هو لم يكن له سبيل إلى الدار حتى يموت صاحب الغلة، وإن بناها صاحب الغلة كانت له الغلة على حالها ورجع بنفقته على صاحب الرقبة. والقول الثاني أن البنيان على صاحب الغلة فإن بناها هو اغتل على ما كان له من حقه، ولم يكن له رجوع على صاحب الرقبة بشيء من نفقته، وإن بناها صاحبُ الرقبة كان له أن يستوفي حقه من كرائها. وعلى القول بأن البنيان على صاحب الغلة يكون هو المُبَدَّأ بالتخيير بين أن يبني أو يترك، ويختلف على القول بأن البنيان على صاحب الرقبة هل يكون هو المبدأ بالتخيير بين أن يبني أو يترك أو صاحب الغلة. والقولان قائمان من المدونة من مسألة العبد المُخْدَمِ التي ذكرناها. فهذا وجه القول في هذه المسألة وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِل عن الذي يحبس الدار على فقراء بني فلان فَيَسْتَغْنُوا. قال ينزع منهم وترجع إلى عصبة المحبس، فقيل له ابنة واحدة؟ فقال ليس النساء عصبةً إنما ترجع إلى

الرجال، قيل له: فافتقر بعضُ بني فلان؟ قال تنزع من العصبة وترد إليهم. قال أصبغ مثلَه إلَّا قوله في البنت فهي عصبة لأنها لو كانت رجلاً في مرتبتها كانت عصبة، وأراه كله له.

قال محمد بن رشد: قولُه إذا حبس الدار على بني فلان فاستغنوا إنها ترجع إلى عصبة المحبس صحيح، لأنهم غير معينين، فإنما قصد الفقرَ والحاجةَ لكثرة الأجر في ذلك دون التعيين، ولو عين المحبس عليهم وسماهم فقال هذه الدار حبس على فلان وفلان وفلان الفقراء من بني فلان فاستغنوا لَمْ تنتزع منهم، وكانوا أحَق بها وإن استغنوا بطول حياتهم، لأن قوله الفقراء إذا سماهم إنما هو زيادة في بيان التعيين لهم بما وصفهم به، كما لو قال الجمال أو العمال أو العلماء أو الحلماء لم يسقط حقهم بانتقالهم من تلك الصفة إلى غيرها. فلا يبعد دخول الاختلاف في تحبيس الرجل داره على الفقراء من بني فلان بأن يُحْكَمَ لهم بحكم التعيين فلا يسقط حقهم باستغنائهم لا سِيَّما إذا علم المحبسُ منهم الفقير من الغني كما قال ابنِ الماجشون فيمن حبس على ولده إنه يساوي بينهم في الحبس وإن كان بعضهم فقراءَ وبعضهم أغنياءَ. وعلى قول من قال إن من مات منهم بعد طيب الثمرة فقد وجب حقه فيها لورثته. وقد ذكرنا ذلك والاختلافَ فيه في أول رسم من سماع ابن القاسم. وأما قوله إن النساءَ لَسْنَ عصبة. فهو خلاف مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك. وقد مضى تحصيل ذلك في أول رسم من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: وسألت ابنَ وهب عن رجل أوصى في مرضه فقال داري حبس على ولدي وعلى امرأتي ثم مات ولا مال له غيرها، قال: يُخرج ثلثُها فيكون حبساً على الفرائض على جميع ورثته كلهم من سمى ومن لم يسم، ويكون الثلثان ميراثاً قال أصبغ مثلَه، وله تفسير وتفسيره أن يكون غلتها على الفرائض ما دام أعيان الولد حيا وغير ذلك من الوجوه.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال أصبغ إنَّ له تفسيراً لأنه حبس في وصيته على وارث وغير وارث، فوجب أن يكون ما ناب الوارثَ من الحبس بين جميع الورثة إلَّا أن يجيزوا ذلك له، حكم من حبس في مرضه على ولده وولد ولده وقد مضى الكلام على ذلك في رسم القطعان من سماع عيسى، وفي سماع يحيى وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِلَ ابنُ وهب عمن أوصى فقال داري على ولدي وعلى فلان أخي حبس كيف يقسم؟ قال: ينظر إلى العدد، فإن كانوا خمسة كان للأخ خمس ذلك، وكان ما بقي علي، الفرائض. وقال أصبغ مثلَ التي فوقها لو كان مع الولد ولد.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة مثلُ التي فوقها والقولُ فيها ما قال أصبغ، لأنه حبس في مرضه على ولده وولد ولده. وقد مضى القول على ذلك في رسم القطعان من سماع عيسى وفي سماع يحيى وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال أصبغ: سألتُ ابنَ وهب عن رجل أعتق أمته ثم تزوجها ثم قال داري حبس على موالي؛ فقال: أراها من المَوَالي. قلت له إنها وارثٌ، قال: متى قال ذلك في الصحة منه؟ قلت: نعم. فقال: الرجلُ يصنع في ماله ما شاء وقد حبس ابن عمر على امرأته. قلت: فإن، قال: ذلك في وصيته؟ قال: في هذا شيء. قلت: فأي شيء ترى في هذا؟ قال: أرى أنها من مواليه. قلت: إن تقاسما أليس لها الثمن؟ قال: تأخذ الثمن وترجع تأخذ مع الموالي فيما صار لهم ويدخل الورثة معها فيما صار لها مما أخذت مع الموالي على فرائض الله، فإن مات أحد من الورثة فورَثَتُهُ بمنزلته ما عاشت حتى تموت، فإذا ماتت انقطع حقوق الورثة ورجع الذي كان لها إلى الموالي الذين حبس عليهم. قال أصبغ جيدة صحيحة.

قال محمد بن رشد: هذه مثلُ المسألتين اللتين فوقها، لأنه إذا حبس على مواليه وامرأتُهُ من مواليه لأنه أعتقها ثم تزوجها فقد حبس على وارث وغير وارث فوجب أن يدخل سائر الورثة معها فما نابها من الحبس مع الموالي حتى تموت فيرجع ذلك كله إلى الموالي. فقوله إن تقاسما أليس لها الثمن قال تأخذ الثمن معناه أنها تأخذ الثمن مما تَخَلَّفَهُ زَوْجُها سوى الدار، ثم ترجع فتأخذ مع الموالي ما يجب لها من الدار المحبسة إذا قسم الحبس عليها وعلى سائر الموالي لأنها من الموالي فيما نابها منه على عددهم دخل جميع الورثة عليها فيه، فيكون لها منه الثمن إن كان لزوجها المُوصي ولدٌ أو الربعُ إن لم يكن له فإن مات أحدٌ من الورثة فَوَرَثَتُهُ بمنزلته ما عاشت حتى تموت، فإذا ماتت انقطع حقوق الورثة ورجع الذي كان لها إلى الموالي الذين حبس عليهم كما قال، يريد ويرجع أيضاً سائرُ ما بأيدي الورثة من الدار المحبسة عليهم لانقطاع حقوقهم منها بموت الزوجة. فهذا تفسير ما في الرواية من

مُشْكِلِ ألفاظها والله الموفق.

ومن كتاب الوصايا

قال: وسمعت ابنَ القاسم وسئل عن رجل قال غلامي فلان حبس على فلان فإن مات فهو حرّ، وإن مت فهو حبس على فلان أو صدقة على فلان أو قال: فرسي هذا حبس على فلان فإن مت فهو في سبيل الله، ثم لم يزل العبدُ في يديه والفرسُ حتى هلك. قال: أرى أن يعتق الغلام في الثلث بعد موته ويخرج الفرس في سبيل الله بعد موته من الثلث أيضاً.

قال محمد بن رشد: أما إذا لم يخرج الغلامُ أو الفرس من يد المحبس حتى مات كما قال في الرواية، أو كان قد دفعها إليه فرجع إليه بموته على حكم التحبيس على معين فلا اختلاف في أنه يكون بعد موته من الثلث في الوجه الذي جعله فيه، وأما إن دفعه إلى المحبّس عليه فمات المحبس وهو في يد المحبَّس عليه. فاختلف هل يكون من رأس المال أو الثلث، ذهب ابن لبابة إلى أنه يكون من رأس المال. والصحيح أنه يكون من الثلث حَسبَمَا مضى القول فيه في أول سماع ابن القاسم.

من مسائل نوازل سُئِلَ عنها أصبغ

قال أصبغ فيمن حبس داره على قوم حياتهم فَلَمّا انقرضوا رجعت الدار وليس للميت إلّا بناتُ أخ وأخت لأمه، قال: فبنات الأخ أولى من أخته لأمه. قيل فإن لم يكن له إلّا الأخت لأمه؟ قال: لَا يرجع إليها من الدار شيء.

قال محمد بن رشد: أما الأخت للأم فلا مدخل لها في مرجع الحبس باتفاق إلّا أن تكون من بنات العم، فقولُهُ إنّ بنات الأخ أولى منها يبينه قوله بعد ذلك إنه لا يرجع إليها من الدار شيء وإن لم يكن له غيرها. وكذلك الخالات وبنو الأخوات. وأما الأخوات الشقائق والتي لأب فيدخلن في مرجع الحبس على اختلاف قد مضى تحصيلُهُ في أول سماع ابن القاسم، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل أصبغُ عن رجل قام احتساباً فجمع من قوم مَالاً على أن يشتري مملوكاً يقوم باستقاء الماء في المسجد الجامع ويخدم فيه، فاشترى هذا المحتَسِبُ بما اجتمع في يديه مملوكاً بالغاً، فكان يستقي الماء في السقاية ويخدم ويرش سنين، وكان ينتهي إلى أمر هذا المحتَسِب وكان المحتَسِب هو القائمَ بأمر المسجد ثم إن المملوك تَعَاصى

وتخلق عليه وامتنع من المسجد ومن الاستقاء والخدمة أفيجوز لهذا المحتسِب أن يبيعه ويشتري به آخر مكانه يقوم بما يقوم به هذا؟ قال أصبغ: لا أرى بذلك بأساً إذا كان وجهُ النظر والاختلاف.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال أصبغ إن بيعه والاستِبْدَال به جائز إذا تخلق وامتنع من الخدمة، ولا يدخل في هذا عندي الاختلافُ في جواز بيع العبيد والثياب المحبسةِ في السبيل حسبما ذكرناه في رسم طلق من سماع ابن القاسم، إذْ لم يحبسْه مالكُهُ، وإنما حَبَسَهُ المحتَسِبُ بما جمع من أموال الناس، فلا تقوى حُرْمَتُهُ في التحبيس من أموال الناس وبالله التوفيق.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب القراض

من سماع ابن القاسم من مالك رواية سحنون

من كتاب الرطب باليابس

قال سحنون: قال عبد الرحمن بن القاسم: قال مالك لا ينبغي أن يصطرف صاحبُ المال من صاحبه الذي قَارَضَهُ قبل أن يعمل. ولا بأس أن يشتري منه الثوب والثوبين أو يوليه إذا صح.

قال محمد بن رشد: أما اصطراف صاحب المال من المقارض قبل أن يعمل بالمال فالمكروه فيه بين، والذي يدخله الصرف المتأخر لأنه إذا كان رأس مال القراض وَرِقاً فصرفه بذهب، وذهباً فصرفه منه بورق كان قد رجع إليه رأس ماله وصار قد أعطاه ذهباً على أن يرد إليه عند المفاصلة ورقاً أو ورقا على أن يرد إليه عند المفاصلة ذهباً. فَيتهَمَانِ على القصد إلى ذلك والعملِ به فإن وقع ذلك في اليسير من رأس المال صُدِّقَا على أنهما لم يعملا على ذلك وجاز القراض. وإن وقعت المصارفة في جميع رأس المال أو في جُلِّهِ لم يصدقا ووجب أن يفسخ القِراض إلَّا أن يفوت بالعمل فَيُرَدَّانِ فيه إلى إجارَةِ المثل على أصل ابن القاسم وروايتِهِ عن مالك في هذا النوع من الفساد في القراض، وسواء صَارَفَهُ فيما دفع إليه من الدنانير أو الدراهم قبل أن يغيب عليها أو بعد أن غاب عليها، إلَّا أن المكروه فيها قبل أن يغيب عليها أَبْيَنُ. وقولُهُ لا بأس أن يشتري منه الثوب والثوبين معناه لا بأس أن يشتري العامل من ربّ الثوب والثوبين لنفسه خاصة لا للتجارة، أو يولي من ربّ المال العامل الثوب والثوبين لنفسه خاصة أيضاً لا للتجارة، وفي كتاب محمد بيان هذا. وأما إن باع ربّ المال من العامل سلعة أو وَلّاهُ إياها للتجارة فهذا الذي قال فيه في المدونة لا يعجبني أن يعمل به لأني أخاف إن صح هذا من هذين لَا يصح من غيرهما. ولابن القاسم في كتاب ابن المواز أن قولَ مالكٍ اخْتَلَفَ في ذلك، لأنه وجد في كتاب عبد الرحمن أن مالكاً خففه وقال لا بأس به إذا صح الأمْرُ بينهما فالخلاف في هذا عندي إنما يرجع إلى التصديق في وقوع الأمر

بينهما على الصحة، فلم يصدقهما في المدونة وصدقهما في رواية عبد الرحمن عنه. هذا عندي إذا وقع الشراء في المال الذي دفع إليه قبل أن يَصْرِفَهُ كان قد غاب عليه أو لم يغب عليه.

وأما إن وقع الشراء بما نَضَّ بيد العامل مما باعه من السلع التي اشترى للقراض، فيصدقان على أنهما لم يعملا على ذلك قولاً واحداً والله أعلم، والذي أراه في هذه المسألة أن يصدقا إذا اشترى باليسير من مَالِ القراض، وألا يصدقا إذا اشترى بجميعه أو بِجُله، لأنهما يتهمان على القصد إلى القراض بالعروض. فهذا الذي أراه قولٌ ثالثٌ في المسألة.

وأما شراء العامل من ربّ المال جميعَ سلع القراض أو ما بقي بعد المفاصلة منها بثمن إلى أجل ففي ذلك ثلاثةُ أقوال. أحدها أن ذلك جائز. وهو قول الليث بن سعد ويحيى بن سعيد. وروى مِثْلَهُ ابنُ وهب عن مالك، ومثلَه حكى ابنُ حبيب في الواضحة عن أصحاب مالك حاشَى ابن القاسم في شراء ما بقي من السلع بعد المفاصلة، ولا فرق بين شراء جميعها وبين شراء ما بقي منها بعد المفاضلة والثاني أن ذلك لا يجوز ويفسخ وإن فات كانت فيه القيمة. وهو قول ابن القاسم في كتاب ابن المواز. ومعنى ذلك إذا اشتراها بأكثر من رأس المال واشترى بقيتها بأكثر مما بقي من رأس المال. وأما إن اشتراها بمثل رأس المال فأقل واشترى بقيتها بمثل ما بقي من رأس المال فأقل فلا اختلاف في أن ذلك جائز. وذلك بين مما وقع في رسم تأخير صلاة العشاء في الحرس من سماع ابن القاسم بعد هذا، ومما وقع في رسم القطعان من سماع عيسى أيضاً والقول الثالث الفرقُ بين أن تكون السلع حاضرةً أو غائبة، فإن كانت حاضرة لم يفسخ البيع إذا فات، وإن كانت غائبة فسخ البيع في القيام ورد إلى القيمة في الفوات. وكذلك إذا اشترى العامل بعض سلع القراض بأكثر من قيمتها إلى أجل يدخل في ذلك الثلاثة الأقوال المذكورة. مثال ذلك أن يدفع الرجل إلى الرجل مائة دينار قراضاً يشتري بها سلعا فيعرض إحْدَاهَا للبيع وشِرَاؤُهَا عشرةٌ فلا يُعْطَى فيها إلَّا ثمانية، فيقول العاملُ أنا أبتاعها منه بعشرة إلى أجل، فلا يجوز ذلك لأنه يؤخره لئلاّ يَخْسَرَ من رأس ماله شيئاً.

وجه القول الأول بأن ذلك جائز هو أنه كأنه قد التزم السلع برأس ماله فيتفاضلا في القراض ثم باعها من العامل.

ووجه القول الثاني بأن ذلك لا يجوز هو أنه لو طلبه برأس ماله لم ينض له منه إلَّا

ثمانون فَأَخرَهُ بها على أن يأخذ منه مائة.

ووجه القول الثالث في الفرق بين أن تكون السلع حاضرة أو غائبة هو أنه إذا كانت حاضرة ارتفعت التهمة، لأنه باع ما رأى بعد أن رَضِيه والتزمه، وإذا كانت غائبة لعلها لم تكن ثم سلع أصلاً، والمالُ قد خسر فيه فرجع ثمانين فأخره به على أن يأخذ منه مائة بشراء العامل من ربّ المال سلعة من غير سلع القراض قبل أن يعمل فالقراض لا يجوز بالنقد، ويجوز إلى أجل، وشراؤه سلعةً من سلع القراض لا تجوز إلى أجل ويجوز بالنقد، وأما شراء ربّ المال من العامل سلعة من القراض أو من غير القراض فيجوز بالنقد وإلى أجل وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك: لا بأس أن يأخذ المقارِضُ من شريكه ربحاً ذهباً من غير الذهب التي هي بينهما، قال يدفع إليه ربحه من ماله ثم يأخذه من مال القراض وسئل عنها سحنون فقال لا يجوز أن يعطيه ربحاً من غير ربح القراض إلَّا أن يكون حاضراً فيكون يداً بيد وزناً بوزن.

قال محمد بن رشد: رأيت لبعض أهل النظر في هذه المسألة أنه قال فيها: قوله سحنون جيد، لأن ربحه ليس في ذمة العامل في المال وإنما هو في المال نفسه، فلا يجوز أن يعطيه من غيره إلَّا أن يكون مالُ القراض حاضراً لأنه إذا لم يكن حاضراً دخله دراهم حاضرة بدراهم غائبة أو ذهب حاضرة بذهب غائبة. وهو تعليل جيد لقول سحنون إذا كان إنما أعطاه الربحَ من ماله على سبيل الاشتراء منه للربح الذي في يده من مال القراض. وقول مالك جيد أيضاً إذا كان إنما أعطاه الربح من ماله على سبيل السلف له حتى يقتضيه من الربح الذي في يده من مال القراض. ولو نض في ذلك على السلف فقال أنا أسلفك الربحَ الذي يجب لك من مالي حتى أقبضه من مال القراض لما قال سحنون في ذلك إنه لا يجوز، ولو نض في ذلك أيضاً على الشراء فقال أنا أشتري منك الربح الذي لك في المال القراض هذا الذهب الذي أدْفعه إليك من مالي لما قال مالك إنه ذلك لا بأس به. فحصل الاختلاف بين مالك وسحنون إنما هو ما يحمل عليه على الأمر عند الإبهام، فحمله مالك على السلف فأجازه، وحمله سحنون على البيع فلم يجره، فهذا وجهُ القول في هذه المسألة وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: سمعت مالكاً يقول في مقارض باع بدين أو سلف في طعام ثم

كره التقاضي فأسلم ذلك برضى صاحب المَالِ، قال: لا بأس بذلك، وهو مثل الموت إذا أسلمه الورثة أنكرها سحنون.

قال محمد بن رشد: هذا من قول مالك مثل ما يأتي في رسم الشجرة بعد هذا، وإنكار سحنون لجواز هذه المسألة صحيح، لأن الورثة لا يلزمهم تقاضي دين القراض ولا تنضيضه، وهو حقّ لهم إن طلبوه فكان من حقهم أن يسْلِمُوه فيكونون بإسلامهم إياه قد وهبوا لرب المال ما عمل موروثُهُم في المال. فلا معنى في جواز ذلك. وأما المُقَارَضُ فتقاضي دين القراض وتنضيضه واجب عليه، لرب المال أن يأخذه به، ويلزمه الاستئجار عليه من ماله إن أبى أن يليه بنفسه كما لا يجوز أن يستأجِر على ذلك بنصيبه من الربح. فكذلك لا يجوز له أن يسلمه إلى ربّ المال، لأنه إذا أسلمه إليه فكأنه قد استأجره على تقاضي الدين وتنضيض المال بالجزء الواجب له من الربح، فالأظهر أنه لا يجوز.

ووجه القول بجوازه أنه إذا أسلمه إليه فقد وهب ما تقدم من عمله فيه، ولم يكن كأنه استأجره عليه بجزء من الربح، إذ لا يلزمه إذا أسلمه تقاضي الدين ولا تنضيض المال، لأنه ماله يفعل فيه ما شاء إن شاء تقاضاه وباع الطعام حتى يصير عيناً، وإن شاء وهب الدين أو أكل. الطعام إذا قبضه ولم يصيره عيناً كما دفعه إلى المقارض الذي أسلمه إليه. فعلى هذا أجازه مالك بقوله: وهو مثلُ الموت إذا أسلمه الورثة. معناه هو مثله في أن ذلك جائز وإن كان وجه الجواز في ذلك مختلفاً، يجوز في الورثة من أجل أن تنضيض المال لا يلزمهم ويجوز في المُقارض من أجل أن ربّ المال لا يلزمه تنضيض ماله وبالله التوفيق.

ومن كتاب حلف ألاَّ يبيع سلعة

وسئل مالك عن الرجل يدفع إلى الرجل المالَ القِرَاضَ فيقيم في يديه أياما ويتجهز بذلك بريد سفراً فيلقاه صاحبُ المال فيقول له: هل لك أن أخرج معك؟ فأخرج ذهباً آخر مثل الذي أعطيتك ونشترك جميعاً. قال مالك: ما أرى أمراً بيناً وما يحضرني فيه مكروه، وكأنه خففه من غير تحقيق. وقال ابن القاسم: ولا أرى بذلك بأساً إذا صح على غير موعد ولا رأي ولا عادة. قال أصبغ: لا خير فيه، قال سحنون: هو الربا بعينه.

قال محمد بن رشد: قولُ ابن القاسم مفسر لقول مالك، لأن مالكاً إنما خَفّفَ ذلك

على السلامة على التواطي على ذلك من قبل أن يتجهز بالمال، إذْ لو أتاه قبل أن يتجهز بالمال لَمَا جاز، لأنه يصير كأنه استأجره على أن يعمل معه في ماله على أن له نصيباً من ربحه، وكرهه أصبغ وقال لا خير فيه مخافة أن يكون تواطأ معه على ذلك قبل أن يتجهز بالمال. فإن وقع ذلك مضى ولم يفسخ على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك، وفسخ على مذهب أصبغ ما لم يَفُتْ بالعمل، فإن فات مضى وكان العامل في عمله على شرطه من الربح.

وأما على مذهب سحنون الذي قال فيه: إنه هو الربا بعينه فينفسخ متى ما عثر عليه، ويكون الربح كله لرب المال ويكون للعامل أجرةُ مثله، وإنما قال فيه إنه الربا بعينه على سبيل التجوز في اللفظ إرادة التغليظ في المنع منه، إذ ليس بربا بعينه كما قال، وإنما هو على مذهبه استئجار للعامل على عمله معه بجزء من ربح المال، وذلك ما لا يحل ولا يجوز. لقول النبي عليه السلام: مَن اسْتَأْجَرَ أجيراً[1] فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ ولقوله: مَن اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَلْيُوَاجِرْ بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ، وكنهيه عن بيع الغرر، والإجارةُ بيعٌ من البيوع لا يجوز فيها الغرر والمجهول، فلما كان ذلك لا يحل كما لا يحل الربا قال فيه إنه ربا وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِلَ مالك عن رجل تجهز يريد اليمن فجاءَه رجلٌ ليلة يخرج فقال له: خذ مني هذا المال قِراضاً فأخذه الرجل فخرج به فاشترى به رقيقاً نحواً من ستين رأساً، فأصيب منهم بضعة وأربعون، فقدم الرجل فطلب أن يُعْطَى نَفَقَتَه من مال الرجل قال مالك: أرى أن تحسب نفقتهُ كم تكون إلى اليمن في ذهابه ورجعته؟ كم هو؟ فإن كانت قيمةُ ذلك مائةَ دينار والذي دفع إليه الرجل سبعمائة دينار رأيت أن يُحْمَلَ على صاحب المال سبعةُ أجزاء من ثمانية، وعلى العامل جزءٌ من ذلك. فعلى هذا يُحْتَسَب قَلَّ المال

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٢٠)، وأخرجه النسائي في سننه (٤٧١٢)، وأخرجه ابن ماجه (٢٤٣٥)، وأخرجه مالك في الموطأ (١٣٦٨)، وأخرجه أحمد في مسنده (٨٤٩٢)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٧٤٩٨)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٦٧٢٤)، وأخرجه ابن الجارود في المنتقى (٥٧١)، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير (٩٨٤)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٧٥٧)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٢٥٣)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٤٥٨٨)، وأخرجه الطبراني في معجمه الصغير (٨٨٧)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢١٨٨)، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (٢٥٦٥).

أو كثر أو كثرت النفقة أو قلت.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أنه تجهز في السفر في حاجة نفسه لا للتجارة بماله. ولو كان إنما تجهز للتجارة بماله لوجب أن تكون النفقة مفضوضة على المالين، مالِه الذي خرج للتجارة به، ومال الرجل الذي دفعه إليه. ومثل هذا في المدونة أنه إذا خرج في حاجة نفسه فُضتْ نفقتُهُ على نفقة- مثله وعلى مال القراض، وفي كتاب محمد أنه ينظر إلى قضاء حاجته فيجعل ذلك رأس مال تفَضُّ عليه وعلى مال القراض. قال محمد وهو استحسان. فالقياس أن تكون النفقة عليه كما إذا خرج حاجاً أو غازياً فأعطاه رجل مالاً قراضاً فخرج به، وهو قول ابن عبد الحكم. وسحنون بأنه لا شيء من النفقة على مال القراض إذا خرج في حاجة نفسه كما إذا خرج حاجاً أو غازياً. قال أبو إسحاق التونسي: ولعل ابن القاسم أراد أنه خرج لإصلاح ضيعته، فتكون نفقته مقدرة بإصلاح ماله، فجعل ذلك رأس مال تفض عليه النفقة مع مال القراض، وأما لو خرج لزيارة أهله أو لغير إصلاح ماله لا نبغي ألَّا يكون على المال القراض شيء من نفقته كما لو خرج حاجاً أو غازياً. هذا معنى قوله دون لفظه وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: شك في طَوَافِهِ

وسُئِل مالك عن المقارَض يسأله السائلُ فيعطيه الكسرة، قال: لا بأس بذلك، وكذلك الثمرات والماء يسقيه السائلَ فلا بأس بذلك.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأنه من الشيء اليسير الذي لا يتشاح في مثله. والأصل في ذلك قولُ الله عزْ وجل ﴿لَيْسَ عَلَى الأعْمَى حَرَجٌ وَلا على الأَعْرَج حَرَجٌ وَلا عَلَى المَرِيضِ حَرَجٌ﴾ إلى قوله: ﴿أَوْ مَا مَلَكْتُمْ مَفَاتِحَهُ أَوْ صَدِيقِكُمْ﴾ [النور: ٦١] فإذا لم يكن على الوكيل حرج في الأكل من مال موكله الذي اؤتُمن عليه وجُعلت مفاتحه في يديه دون علم موكله. بِنَص القرآن ما جرت به العادة من الشيء اليسير الذي لا يُتَشَاح في مثله جاز ذلك للمقارَض في المال الذي بيده، لأنه مؤتمن عليه ولذلك قال الليث في المقارَض المقِيمِ الذي لا نفقة له في المال إنه لا بأس أن يتغدى منه بالأفلس إذا اشتغل بالتجارة في السوق، فإذا جاز له أن يأكل هذا القدر وإن لم يجب له فيه نفقة كان أحرى أن يجوز له التصدق به، فيكون له في ذلك من الأجر إنْ شاء الله بقدر ما له فيه من الربح. وكذلك الوصي أيضاً يعطي السائلَ من مال يتيمه

يرجو بَرَكة ذلك لليتيم. وليس قول مالك في هذه الرواية عندي بخلاف قوله في موطأه إنه لا يهب منه شيئا ولا يعطي منه سائلاً ولا غيره، لأن المعنى في ذلك إنما هو فيما كثر وخرج عن حد ما لا يتشاح في مثله، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن الرجل يُعطي الرجلَ المال القراض فيشتري به طعاماً ثم يأتي به إلى السوق ويريد بيعه، فيقول صاحبُ المالِ بع جملةً واقبض الثمن، ويقول المقارَضُ البيع على يدي أكثرُ للربح، وأنا أريد أن أبيع على يدي، قال: يُنْظَرُ في ذلك إلى الذي يُرى أنه وجهُ الشأنِ فيه، فيحملان عليه ولا ينظر في قول واحد منهما.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله، لأن لكل واحد منهما حقًّا في المال، فوجب ألَّا يُغَلَّب قول واحد منهما على صاحبه وأَنْ يُسأل عن ذلك أهل المعرفة به، فمن رُئِيَ الصوابُ في رأيه منهما حُمِلَا عليه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن العامل في القراض يأذن له صاحبه أن يأخذ ربحَهُ، فقال: لا يأخذ شيئاً حتى يقتسما وإن أذِنَ له فيه صاحبه.

قال محمد بن رشد: أما إذا أخذ العاملُ في المال ربحَه بإذن ربّ المال وتَرَكَ ربّ المال ربحَه في المال، فالمكروه في ذلك بين، لأن ربّ المال إذا ترك حظه من الربح في المال بعد أن أخذ العاملُ حظه منه بإذن ربّ المال فكَأَنَّه أعطاه حظه من الربح قراضاً على أن يخلطه بالقراض الأول وهو لم ينض بعد إذْ لم يتحقق نُضُوضُه. فهذا على هذا التأويل مثلُ ما في المدونة من أنه لا يجوز إذا دفع الرجل إلى الرجل مالاً قراضاً فشغله في سلع أن يدفع إليه مالا آخر قراضاً على أن يخلطه به، لأنه غرر إنْ نقص فيه وَرَبِحَ في الأول صَيَّرَهُ من ربح الأول وإن ربح فيه وخسر في المَالِ الأول صَيَّرَهُ من ربحه. وقال الفضل فيه: إنه إن وقع كان في القراض الأول على حاله، وَرُدَّ في الثاني إلى إجارة مثله، ولو تحقق نضوض المال في هذه المسألة لجاز، لأنه كان يكون بمنزلة من دفع إلى رجل مالاً قراضاً ثم دفع إليه بعد ذلك مالاً آخر قراضاً على أن يخلطه به. وإنما كره هذه المسألة مخافة ألا ينض رأس المال بعدُ أو لعله قد نض إلَّا أن فيه خَسَارَةً فَكَذَبَة فيما زعم أن فيه من الربح ليُقِرَّهُ بيده ولا ينزعه منه، ولهذه العلة لم يُجِزْ مالكٌ في موطأه أن يقتسم المتقارِضَانِ الربح دون حضور رأس المال ونضوضه، فقال في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فعمل به ثم جاءهُ بمال فقال هذا

حصتك من الربح وقد أخذت لنفسي مثلَه ورأسُ مالك وَافِرٌ عندي فأَقَره، قال: لا أُحِبُّ ذلك حتى يحضر المال كله ويحاسبه ويعلم أنه وافر ويصير إليه، ثم إن شاء رَدَّه إليه على قراضه وإن شاء أمسكه، وإنما يجب حضور المال مخافة أن يكون نقص فيه فهو يحب ألا ينْتَزَعَ منه وإن نفر عنده. هذا نص قول مالك في موطأه، وظاهر ما في الواضحة أن اقتسامهما الربح على غير محاسبة ولا اعتماد مفاصلة جائزٌ، لأنه قال إذا كانا يفعلان ذلك وجاء في المال نقصان جبر من الربح الذي اقتسماه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِل مالك عن رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فشارك رجلاً بمالٍ له فعملا جميعاً، قال: أراه ضامناً حين أدخل في مال الرجل غيرَه، لأن الرجل قد يقارض الرجل بثلاثة أرباع ويقارض بالنصف لموضع أمانته، فقيل له أفتراه ضامناً؟ قال: نعم، أراه ضامناً إن تلف أو نقص غرم، وإن كان ربحا كان على قسمه قراضه.

قال محمد بن رشد: هذا مفسر لما في المدونة أنه إن شارك المقارَض بمال القراض فهو ضامن إذا لم ينض فيها أنه إن كان فيه ربح كان على قسمة قراضهما. وزاد في المدونة أن الرجل إذا قارض رجلين كل واحد منهما على حدة فلا يجوز أن يشتركا وإن كان المال لواحد. وهذا كله بين لا وجه للقول فيه وبالله التوفيق.

ومن كتاب الشجرة تطعم بطنين في السنة

وسئل مالك عن الرجل يعطي الرجل المال القرَاض فيخرج به إلى الريف فيبتاع به القمح الكثير والشعير فيكثر عليه ذلك فيتكارى سفناً وَيَسْتَأْجِرُ أَجَرَاءَ فيحملها ويَبْعَثُ فيها الأَجَرَاء ويكتبُ إلى صاحب المال أن يقوم معهم في خزنه ويقسم إن أَحَبَّ ذلك من غير شرط يكون في أصل ذلك. قال لا يعجبني هذا ولو كان الشيء الخفيف ما رأيت به بأساً، قيل له قدر المائة الدينار أو مائة وخمسين؟ قال: إن كان الشيءَ الخفيف وإلَّا فلا خير فيه هذا يكثر فلا يعجبني.

قال محمد بن رشد: كره ذلك في الكثير مخافة الذريعة إلى استجازه ذلك على شرط، أو رأي، أو عادة، فإن وقع ذلك على غير شرط ولا رَأْي ولا عادة نفذ ذلك ومضى، ولم يحولا عن شرطهما فيه، والله الموفق.

مسألة:

وسئل مالك عن رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فَلَمَّا أراد أن يخرج إلى سفره،

قال لصاحبه: إني أريد أن أخرج بمالي مَعِي أتَجِرُ فيه، وإني لست أحمل على مالك نفقةً، وأنا أنفق من مالي فإنه لا يحمل ذلك. قال: لا يعجبني ذلك وإنما ذلك بمنزلة ما لو قال له ذلك عند دفعه إياه، ولكن ليعمل فيهما والنفقة على المالين، وسواء قال ذلك عند خروجه أو عندما يدفعه إليه وفيه تفسير. قال عيسى وتفسيره إن كان قال ذلك في حين يجوز له منعه من الخروج لم يكن فيه خير، وإن كان ذلك في حين لا يجوز له منعه وذلك بعد أن يتجهز ويشتري فلا بأس بذلك.

قال محمد بن رشد: وقع في بعض الروايات فإنه يحمل ذلك ولا يغير ذلك من حكم المسألة شيئاً. وتفسيرُ عيسى صحيحٌ مبين لقول مالك، فمعنى قوله وسواء قال ذلك عند خروجه أو عندما يدفعه إليه يريد إذا كان خروجُه بالمال وهو ناض قبل أن يشتري به ويتجهز. وأما لو قال ذلك بعد أن اشترى بالمال وتجهز لجاز ذلك ولزم على القول بلزوم العِدَةِ لأنها عِدَةٌ، وإذا قال ذلك له عندما دفع إليه المال أو عند خروجه والمال بحاله فهو مكروه ولا يلزم ولا يبلغ به الفسخ إلَّا أن يكون ذلك القولُ عندهما كالشرط، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئل مالك عن الرجل يأَخذ المال قراضاً على أنه يدفعه إلي غيره يعمل به، فكره ذلك وقال ما يعجبني، ثم ردَّدَ فيه الكراهية فقيل له أفرأيت إن قال له إني أبعث فيه غلامي ومولاي إلى بعض إخواني يشترون به ويبيعون؟ فقال: إني لأرجو أن يكون خفيفاً، وما هو من عمل الناس.

قال محمد بن رشد: لا فرق بين أن يأخذ منه المال قراضاً على أن يعطيه لغيره يعمل به قراضاً، أو على أن يُرسل فيه غلامَه أو مولاه إلى من يشتري به ويبيع ومن إخوانه كما أنه لا فرق بين أن يأخذ منه المال قراضاً فيقول إني أدفعه إلى غيري يعمل به قراضاً أو إني أبعثه مع غلامي أو مولاي إلى من يشتري به ويبيع من إخواني، فإذا كان على الشرط في المسألتين ان جميعاً لم يجز، وإذا كان على غير الشرط في المسألتين جميعاً جاز. وإنما افترقت المسألتان عنده لأن الأولى بشرط، والثانية بغير شرط.

والمكروه فيهما جميعاً إذا كان ذلك على وجه الشرط بين، لأنه كأنه استأجره على أن يدفع ماله إلى غيره قراضاً أو على أن يبعثه مع مولاه أو غلامه إلى من يشتري به ويبيع من إخوانه على سبيل القراض بالجزء الفاضل من الربح إن دفعه بأكثر مما أخذه،

وقد يدفعه بأقل فيخسر، وبمثل الجزء فلا يربح، فذلك غرر بين وإجارةٌ فاسدةٌ. فقوله في ذلك إنه مكروه تَجَاوُز في اللفظ، فإن وقع ذلك كانت له أجرة مثله في دفعه المال إلى غيره قراضاً وفي بعثه به إلى من يعمل به من إخوانه قراضاً، وكان العامل فيه على الجزء الذي اشترطه من القراض.

وأما إذا قال له حين أَخْذِهِ المال منه إني أدفعه إلى من يعمل فيه قراضاً أو أبعثُه إلى من يعمل به قراضاً ولم يشترط ذلك، فذلك إذن منه له في أن يقارض به، فإن قارض فيه بأكثر من الجزء الذي اشترطه كان الفاضلُ لرب المال لا له. وهو نص قول مالك في كتاب ابن المواز، بخلاف المساقاة والفرق في هذا بين القراض والمساقاة أن المساقاة يلزم بالعقد فكان له أن يأخذ الفضل، والقراض لا يلزم بالعقد فلم يكن له الفضل. وإن قارض فيه بأقل من الجزء الذي اشترطه مثل أن يقارض ربّ المال على النصف فيقارض هو غيره على أن يكون له الثلث وللعامل الثلثان فَرَب المال أحق بالنصف ويرجع العامل الثاني على المقارض الأول بمثل سدس الربح الذي استحق صاحب المال من يده. وهذا إذا لم يعلم ربّ المال أنه المقارَض الأول قارض المقارَض الثاني على أكثر مما قارضه هو عليه. وأما إذا علم ورضي فلا يكون له إلَّا ما رضي به واختلف إذا علم أو حضر فسكت. فقيل سكوته كالإذن، ولا يكون له من الربح إلَّا ما اشترط منه المقارَض الأول على المقارَض الثاني. وقيل لا يكون كالإذن ويكون أحق بالجزء الذي قارض عليه هو المقارَض الأول. وقد مضى هذا المعنى في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم من كتاب المسَاقاة. وفرق في كتاب محمد في الذي يأخذ المال قراضاً بين أن يقول أبعثه مع مولاي إلى بلد آخر إلى من يكفيني أمره أو إلى قوم يشترون ويبيعون. فقال في الأول إنه لا يصلح، وفي الثاني أرجو أن يكون خفيفاً. قال محمد ما لم يشترط.

وجه الفرق بينهما أنه إذا قال أبعثه إلى من يكفيني أمره فإنما معناه أبعثه إلى من ينزل منزلتي في العمل فيه بالجزء الذي أخذته به، وقد يجد ذلك وقد لا يجده. فلذلك كرهه وقال إنه لا يصح، وإذا قال أبعثه إلى قوم يشترون ويبيعون. فإنما معناه إلى قوم يشترون به ويبيعون على ما أُوَاجِبهُم عليه من الربح على سبيل القراض أو من الأجرة على سبيل الاستيجار على الوجه الذي تصح عليه الإجارة. وذلك لا يَتَعَذَّرُ وجوده. فلذلك أَجَازَه وَرَآه خفيفاً. وأما إذا كان ذلك بشرط فقد مضى وجهُ فساده وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِل مالك عن رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً وأَذِنَ له في مدايَنَةِ الناس فداين وعمل، ثم إنه واقع بينهما كلام، فقال له العامل: هذا ما اشتريت بمالك حاضراً، وما كان منه غائباً فهذه ذُكُورُ حقوقك فخذ ذلك كله وأخرجني منه واقبض لنفسك وبع لها؟ قال: لا بأس بذلك. فقلت له: أفلا ترى فيه غرراً؟ قال: لا إنما هو مثل الذي يموت فيأبَى الورثَةُ أن يعملوا فيكون له، أو الرجل يأخذ المال قراضاً فيشتري فيصيبه مرض أو يضعف عن القيام فيه فيسلم ذلك إلى صاحب المال فلا بأس بذلك.

قال محمد بن رشد: أما مرضٌ أو ضعفٌ عن القيام في المال فالأمر في جواز ذلك ظاهر، لأنه يشبه الموت. وأما إذا أسلم المال إلى ربّ المال وتخلى عن القراض إليه برضاه وهو قد أَنْشَبَ المالَ في سلع وديون فالأظهرُ أنه لا يجوز على ما قاله سحنون في أول رسم من السماع. وقد مضى الكلامُ على ذلك هنالك فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن الرجل يأخذ المال قراضاً فيشتري متاعاً ويُدَاينُ فإذا كان على رأس حول دعا صاحبَه إلى أن يحاسبه فيقول عندي كذا وكذا من النقد، وكذا وكذا من العروض، والدينُ كذا وكذا، ويقول له صاحب المال أنا أعطيك ربحك من النقد وأبريك من الدين وهو رأس مالي والعَرْض إن دخل فيه نقصان إلَّا أن العامل يعمل فيه كما هو، قال: لا خير فيه حتى يحصل المال.

قال محمد بن رشد: قوله إلَّا أن العامل يعمل فيه كما هو أي حتى ينض المال بِقَبْضِ الدين وَبَيْعِ العروض وقبض أثمانها، وإنما لم يُجِز ذلك وقال إنه لا خير فيه لأن السنة في القراض لا يقسم الربح إلَّا عند المُفَاصلَة إما بعد نضوض المال وإما بأن يرضي ربّ المال أن يخرج في رأس ماله إلى دين أو يأخذ فيه عرضاً. فقد حكى ابن حبيب في الواضحة عن مالك أنه قال: وإذا تفاصل ربّ المال مع العامل في القراض واقتسما الربح فلا بأس أن يأخذ ربّ المال رأس المال عينا ثم يُقَاسِمه ما بقي من سلع أو غيرها، أو يأخذ ربّ المال في رأس ماله سلعة ثم يقاسمه فيما بقي من عين أو عرض. فإذا لم يكن للعامل أَنْ يقبض حصته من الربح حتى ينض رأس المال إلَّا برضى ربّ المال بالمفاصلة قبل نضوضه كان ربُّ المال إنما فاصله قبل نضوضه وعجل له حصته من الربح قبل أن ينض رأس المال على أن يعمل في المال حتى ينض

باطلاً بغير شيء يكون له، فيدخله سلف جر منفعة، وبالله التوفيق. ومن كتاب حلف ليرفعن أمراً إلى السلطان.

قال: سئل مالك عن المقارِض يحاسب صاحبَه ويقول قد تَهَضَّمْتُ لك وحملت على نفسي، ثم يأتي بعد ذلك يذكر أنه نسي الزكاة وغير ذلك. قال: لا يقبل قولُه إلّا أن يأتي على ذلك ببينة أو أمر لا يُسْتَنْكَرُ فيه قولُه، وأمر يعرف به وجه ثبات ما رفع من ذلك. قال ابن القاسم: وسمعته وسألناه عن مقارَض عمل ودفع إلى صاحبه رأس ماله وربحه ثم جاء بعد ذلك يطلب نفقته ويقول أنفقتُ من مالي ونسيت حتى دفعت إليك. قال لا يحلفُ ويكون القولُ قولَه.

قال محمد بن رشد: أما المسألة الأولى فلا اختلاف فيها أنه لا يصدق فيما ادعى أنه نسيه عند المحاسبة لقوله قد تهضمت لك وحملتُ على نفسي لاحتمال أن يكون هذا الذي ادعى أنه نسيه هو الذي تهضم فيه وحمل فيه على نفسه، إلّا أن يأتي بدليل على صحة دعواه. وأما المسألة الثانية. ففي المسألة خِلَافُهَا أنه لا يقبل قولُه فيما ادعى أن له في المال بعد أن حاسب صاحبه وقاسمه ودفع إليه ماله وهو الأظهرُ، لأن دفع ماله إليه كالإقرار أنه لا حقّ له فيه، فهو مدعى عليه فما يريد أن يخرجه من يده بعد أن دفعه إليه. ووجه القول الثاني أن الغلط والنسيان ليس أحد بمعصوم منه، فوجب أن يصدق بعدُ كما كان يصدق قبلُ، وهذا يشبه اختلافهم فيمن باع مساومة ثم ادعى الغلط وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: سلف في المتاع

وقال مالك فيمن أقام في الحضر في تجارة القراض مشتغلاً بها نهاره كله: لا أرى أن ينفق من مال القراض شيئاً على نفسه في غدَاءٍ ولا غيره.

قال محمد بن رشد: هذا خلاف قول الليث بن سَعْدٍ في المدونة أنه لا بأس إذا اشتغل في السوق أن يَتَغَدى بالأفْلسِ، وقولُه أظهر. وقد مضى من قول مالك في أول رسم شك ما يُضَاهِي قولَه على ما بيناه هناك، وبالله تعالى التوفيق.

ومن كتاب أوله: تأخير صلاة العشاء في الحرس

وسُئِل مالك عن الرجل يقارض الرجل بمال فيشتري متاعا فيريد المُقَارَضُ أن يبيع المتاع فلا يجد به ما يُعجبه من الثمن فيقول لصاحب المال بعنيه وأنا أنقدك من ثمنه كذا وكذا ثم أنظرني ببقية الثمن شهراً أو شهرين، قال: لا خير في ذلك، قال ابن

القاسم: وقد سمعتُه غير مرَّةٍ يكرهه وكأنه ينحو إلى وَجْهِ كَأَنَّهُ أعطاه مائة بخمسين ومائة إلى أجل.

قال محمد بن رشد: في النوادر متصل بهذه المسألة. قال ابن القاسم في رواية يحيى: إن ابتاعه بنقد فجائز، وإنْ كان بتأخير بمثل الثمن فأقل فجائز، وإن كان بأكْثَرَ فلا يجوز، وإن أراد ربّ المال أن يشتريها بنقد أو إلى أجل فلا بأس به، ومثلُه في رسم القطعان من سماع عيسى بعد هذا من هذا الكتاب وهو صحيح لهذه الرواية وغيرها. وقد مضى القولُ على هذه المسألة مستوفى في أول مسألة من سماع ابن القاسم، فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب باع غلاماً

وسُئِلَ مالك عن رجل دفع إلى رجل مالا قِراضاً فتجهز منه بطعام وكسوة ثم هلك الرجل فأرَادَ الوصيُّ أن يأخذ ذلك المال. قال أرى ذلك له، وأرى أن يأخذ منه ذلك الطعام والكسوة التي اشترى من مال الميت. قال سحنون: ليس ذلك للوصي، لأنه هو لو كان حياً لم يكن له أن يأخذ ذلك منه، إلّا أن يكون لم يُحَرِّكْ من المال إلّا في كسوة نفسه وطعامه، فهو كما ذكر في المسألة.

قال محمد بن رشد: معنى ما تكلم عليه مالك أن العامل لم يتجهز من المال إلّا في كسوة نفسه وطعامه، وذلك بين من قوله: وأرى أن يأخذ منه ذلك الطعام والكسوة التي اشتريت من مال الميت، يريد ولا يترك له من أجل أنه اشتراها لنفسه، وإن كان قدرُ ذلك يسيراً إذا لم يعمل بالمال فيترك له الشيء اليسير كما قال في المسألة التي بعدها، ويَحتَمِلُ أن يريد وهو الأظهر أنه يؤخذ منه ذلك الطعام وتلك الكسوة، ولا يضمن الثمن التي اشتراها به من أجل أنه اشتراها لنفسه، إذ لو رأى إذا تجهز من المال بطعام وكسوة للتجارة لا لنفسه أن يُؤخَذَ المالُ منه لما كان إشكال في أنه يؤخذ منه ما كان تجهز به حتى يُحْتَاجَ إلى بيانه، فقولُ سحنون صحيح في أنه لا فرق في ذلك بين الوصي وبينه هو لو كان حياً، وتأويلُه على مالك أنه فَرق بين الوجهين غيرُ صحيح. وينبغي إذا أخذت منه الكسوة أنه اشتراها لنفسه والطعام وأخرج من القراض أن يُعْطَى أجرةَ مثله في ابتياعه الكسوة والطعام، وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال مالك فيما يَفْضُلُ عند المقارَض إذا قدم من سفره مثل الجُبَّةِ وأشباه ذلك،

فقال ما علمت أنه يُؤخَذُ منه مثلُ هذا.

قال محمد بن رشد: مثلُ هذا في نوازل سحنون أن ربّ المال إذا أخذ ماله من العامل لا يؤخذ منه الثيابُ التي كان اشتراها لسفره من مال القراض إلَّا أن يكون لها قدر وبال. ومثله لمالك في موطأه. وهو استحسان على غير حقيقة القياس ليسارة ذلك مع العرف الجاري فيه على أصله في كتاب الحدود في القذف من المدونة في الرجل يكسو امرأته كسوة السنة بفريضة من السلطان أو بغير فريضة ثم يموت أحدهما قبل انقضاء السنة أنه استحسن ألَّا يتبع المرأة بشيء من ذلك لما بقي من السنة بخلاف النفقة وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: مساجد القبائل

وسئل مالك عن القوم يشترون التجارات من الحبوب والصوف وأشباه ذلك فلا تَحْمِلُ أموالُهم ما يشترون، فيأتون إلى أقوامٍ يسألونهم أن يعطوهم أموالاً قِراضاً ولا يُعْلِمُونهم بما كانوا اشتروا ويجعلونها قِراضاً فيما بينهم وبين الذين قَارَضُوهُم أترى ذلك يصلح؟ قال: لو صح ذلك لم أر به بأساً، قيل له فما الذي تخاف ألَّا يصح؟ قال: يشتري سلعة غائبة فيندم فيها فيأخذ هذا المال فينقده فيها. قال ابن القاسم: لا يعجبني العمل بهذا وإن صح، قال سحنون مِثْلَهُ.

قال محمد بن رشد: كراهية مالك لهذا العمل مخافةَ ألا يصح وإجازتُه له إذا صح هو مذهبه في المدونة، لأنه قال فيها: إني أخاف أن يكون قد اسْتَغْلَاهَا فيدخل مَالُ الرجل فيه فلا أحب هذا. وزاد في أصل الأسَدِيَّة تتميماً لقوله ولو أعلم أن ذلك صحيح لم يكن لَغَلَا وقع فيه وما أشبهه لم يكن به بَأْسٌ وقولُ ابن القاسم لا يعجبني العمل بهذا وَإِنْ صَحَّ أَصَحُّ والله أعلم. لأن الذي نواه أخذ المال من أن يُنْفِذَ مالَه فيما قد اشتراه لو علم به ربّ المال لما جاز باتفاق. وإن صح أن ذلك لم يفعله لغلاء وقع فيه لأنه بمنزلة رجل أسلف رجلا مالا على أن ينفذه في سلعة اشتراها على أن له نصف ما يربح فيها وعليه جميع ما كان فيها من وضيعة، وذلك أنه يحمل أمرهما على أنه لما اشترى السلعة فَقَصُرَ ما عنده عن ثمنها وعلم أنه إن سأل الرجل أن يسلفه ما نقصه من ثمنها يَأبَى ذلك عليه، وإن قال له أعطني ما نقصني من ثمنها ويكون لَكَ نصفُ ربحها كان ذلك حراماً لا يجوز أخذه منه باسم القراض ونيتُه فيه ما تقدم فوجب ألَّا يجوز. ولذلك تابعه عليه سحنون فقال لا خير فيه. ففرق مالك بين أن يعلمه بذلك

أو لا يعلمه به في المدونة، وساوى بينهما ابن القاسم على ما وقع له هاهنا وسحنون أيضاً. ولذلك قال فيما رأيت له في بعض حواشي كتب المدونة على المسألة الثانية إذا أعلمه: هذه جيدة أصح من الأولى، يريد إذا لم يعلمه، فإذا وقع ذلك كان الحكم فيه على مذهب مالك أن يكون لرب المال أن يأخذ ماله كاملاً إن بِيعَت السلعة بوضعية إلّا أن يبين العامل أنه لم يفعل ذلك إلّا على وجه الصحة لا لغلاء وقع فيه، وإن عجز عن تبيين ذلك ودعا إلى تحليف ربّ المال على أنه قد أعلمه كان ذلك له إن حقق عليه الدعوى باتفاق، وإن لم يحققها عليه على اختلاف، وأما إن باع العامل السلعة بربح فادعى أنه كان اسَتغْلَاهَا ولذلك أخذ المال لينقده فيها ليرد إلى ربّ المال رأس ماله ويستبد هو بالربح لم يصدق في ذلك إلّا أن يقيم عليه بينة. وأما على مذهب ابن القاسم وسحنون فليس لرب المال إلّا رأس ماله بيعت السلعة بربح أو وضيعة، وإن تلفت فالعامل ضامن للمال بمنزلة إذا أعلمه أنه ينقده ماله في السلعة التي اشترى لأنه إذا أخذه لينقده في ثمن السلعة التي اشترى فكأنه استسلفه منه على أن له نصف ما يربح في السلعة، فإذا لم يعلم ربّ المال بذلك كان هو المنفردَ بالإثم دونه، ووجب عليه أن يرد إليه رأس ماله، وإذا أعلمه بذلك اشتركا في الإِثم، فهذا وجه القول في هذه المسألة. وأما إذا أتَاه قبل أن يشتري فقال له إني وجدت سلعة رخيصة فادفع إلي مالا أشتريها به على سبيل القراض فذلك جائز، وقد فعله عثمان بن عفان إذا لم يسم السلعة ولا صاحبَها البائعَ لها، فإن سمى السلعة أو الرجلَ لم تَجزْ وَكَانَ العامل في ذلك أجيراً وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن قراض النقرين الذهب والفضة، فقال: لا. قال ابن القاسم إذا وقع لم أفسخه وأنفذت بينهما شرطهما من الربح. قال ابن القاسم: عمل أو لم يعمل، ربح أو لم يربح، هو قِرَاضٌ ما هو واجب لهما متاركتُه إذا لم يعمل: قال أصبغ: قلت لابن القاسم فالفلوس أيقارِضُ بها؟ قال: لا، أنا أكرهه وكَرِهَ القراض بها، قلت فإن وقع وجاء فيه ربح أو وضيعة فوقف ولم يُجِبْ فيه بشيء، قال أصبغ: هو عندي كالنقر أرى أن يمضي. وقد جرى مَجرى العين من كِتَابِ البيع والصرف.

قال محمد بن رشد: أما القراض بنقر الذهب والفضة في البلد الذي يدار فيه نقر الفضة والذهب وَأَتْبارهُمَا وُيتَبَايَعُ فيه فذلك جائز على ما وقع في سماع يحيى بعد هذا من هذا الكتاب ولا اختلاف في هذا. وأما القراض بها في البلد الذي لا تُدَارُ فيه وإنما

يبتاع الناسُ فيه بالدنانير والدراهم المضروبة. ففي ذلك ثلاثة أقوال. أحدها أن ذلك لا يجوز. وهو ظاهر قول مالك في رواية ابن القاسم هذه عنه. وقد رُوِيَ عنه مثلُ هذا الظاهر نصاً أن ذلك لا يجوز. والعلة في ذلك أنه لما كان البلد لا يُبْتَاعُ بها فيه فكأنه قال له بعها أو اسْتَضْرِبْهَا واعمل قِراضاً بالثمن الذي تبيعها به أو بالعدد الذي يخرج في الضرب منها، فأشبه القراض بالعروض إذا قال له بعها وأعمل بثمنها قراضاً، فإن وقع ذلك كان له أجْر مثلها في بيعها أو استضرابها، ويكون رأس المال الذي يَرُد إذا نَضّ القِراض الثمن الذي باعها به أو العدد الذي خرج منها، ويكون في ذلك على قراض مثله. والقولُ الثاني يُكره ابتداء فإن وقع نفذ ومضى على شرطهما من الربح عمل أو لم يعمل ربح أو لم يربح. وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية وفي سماع يحيى بعد هذا وقولُ أصبغ في كتاب محمد وقول ابن حبيب في الواضحة، ويكون رأسُ المال الذي يَرُد العاملُ إذا نض المالُ مثل النقد الذي أخذ في طيبها وزنتها، فإن لم يَعْرِفَا لها زنة فرأس ماله فيه الثمن الذي باعها به أو العدد الذي خرج فيها إن كان استضربها ولم يبعها، وإن كان باعها بعروض ولم يعرفا لها وزناً فرأسُ المال فيه قيمتها من الذهب إنْ كانت نقر فضة أو قيمتها من الفضة إن كانت نقر ذهب قال ابن حبيب في الواضحة: إلَّا أن يكون يومَ قارضه قال له بعها أو استضربها فيكون رأسُ ماله ما باعها به أو ما خرج في اسْتِضْرَابِهَا عَرَفَا وزنَ التبر والنقر التي أعطاه أو جهلاه، ويكون له أجرةُ مثله في بيعه إياها بالدنانير أو استضرَابِهِ لها إن كان في ذلك مؤنة وفي مثله كراء، ثم يكون فِيمَا نض في يديه من ذلك على قراض مثله. هذا قول ابن حبيب في الواضحة، ففرق بين أن يشترط عليه بيعها أو استضرابها وبين أن لا يشترط ذلك عليه. وقد علم أنه لا بد له من بيعها أو استضرابها وإن لم يشترط ذلك عليه إذا كان البلد لا يبتاع فيه بها، والمعنى في ذلك أنه إذا أشرط عليه ذلك فقد شرط أن القراض إنما يكون من بعد بيعها أو استضرابها وإذا لم يشترط ذلك عليه فقد جعلها قِراضاً من يوم دفعها إليه، وقد يبيعها بعروض وإن كان البلد لَا يبتاع فيه بها، فيكون بيعه لها بالعروض من التجارة، ويرد مثل ما دفع إليه إذا نض القراض، لأنها لا تتغير ولا تختلف أسواقها، بخلاف العروض، فلذلك جاز القراض بها عند من أجازه. والقول الثالث أن القراض بها جائز ابتداءً. وهو قول مالك في رواية أشهب عنه بعد هذا في رسم مسائل بيوع. وقد سئل عن القراض في نقر الذهب والفضة أيصلح؟ قال: نعم في رأيي قد قارض الناس قبل أن يُضرب الذهب والفضة، قلت ويرد نقرا مثلها؟ قال: نعم، وقول ابن وهب وروايته عن مالك.

وأما القراض بالفلوس فهو أشد عند ابن القاسم من القراض بنقر الفضة والذهب، لأنها تشبه العروض في أنها تحول بالنفَاقِ والكساد والفساد فلذلك وقف فيه، إذا لم يعثر عليه حين وقع حتى جاء فيه ربح أو وضيعة. وفيها أيضاً ثلاثة أقوال. أحدها أنها كالعروض في أن القراض لا يجوز بها من أجل أنها تحول إلى النفاق والكساد والفساد، وهو قول ابن القاسم في أول من المدونة. واحتج بأنها تشبه العروض ولا تشبه العين برواية عبد الرحمن عن مالك في إجازة شرائها بالدنانير والدراهم نَظِرَة، فإن وقع القراض بها على هذا القول رُدَّ العامل فيها إلى قراض مثله، وكان رأس المال الذي يرده إذا نض المال قيمة الفلوس من الدنانير والدراهم يوم دفعها إليه. والقول الثاني أن القراض بها مكروه فإذا وقع مضى على شرطهما من الربح ولم يرد، وكان رأس المال الذي يرده العامل إذا نض المال مثل الفلوس الذي دَفع إليه ربّ المال. والقول الثالث أن القراض بها جائز ابتداء وهو قول أشهب في ديوانه، قال لأنها كالعين في أنه لا يجوز بيعها بالدنانير والدراهم نَظِرَةً وليس الاعتبارُ بالصرف في جواز القراض بها ولا مَنْعِه بِبَيّنٍ. إذ قد اختلف في ذلك قول مالك، وإنما العلة الصحيحة التي يجب الاعتبار بها في ذلك حوالتُها إلى النفاق والكساد والفساد، فإن كان يُؤمن ذلك في الغالب عليها وكان يُتَبَايَعُ بها في البلد لم يجز القراض بها، إنما يجوز القراض بها عند من أجازه في الشيء اليسير الذي يتبايع فيه بالفلوس كالبقول والفواكه وشبه ذلك، مع أنه رأى باجتهاده أنها لا تحول عن حالها من النفاق والكساد في أغلب الأحوال والله أعلم.

واختلف قولُ مالك أيضاً في جواز القراض بالحلى، فحكى ابنُ الجلاب عنه الروايتين في ذلك، ولم يجزه في كتاب ابن المواز ولا في سماع أشهب بعد هذا، وهو الصحيح المعروف. قال في الموضعين وقد سئل أيصلح أن يقارض من الذهب والفضة فيما كان مصوغاً؟: ليس هكذا يقارض الناسُ. فقيل له ذلك أحب إليك؟ قال: بل هو الشأن متى يأتي هذا المقارض بمثل الخلخال والسوار حتى يرد مثله. وقال بعض المتأخرين القراض بالمصوغ على ثلاثة أوجه: جائز إذا كانوا يتبايعون به مثل ما بالمغرب بأرض المصامدة ومكروه إذا كانوا لا يتبايعون به ولا يتعذر عندهم المثل، وممنوع إذا كان المثل يتعذر كما قال مالك: فمن أيْنَ يأتي بهذا الخلخال؟ وبالله التوفيق.

ومن كتاب القبلة

قال مالك: من كانت عنده مائة دينار قِراضاً فاشترى سلعة بألف دينار على أن ينفذه مائة، فنقد المائة التي عنده قراضاً. قال: هما شريكان في الزكاة بالحصص، وتقوم السلعة بالنقد فإن كانت قيمتُها تسعمائة كان للقراض التسعُ من تلك القيمة. قال ابن القاسم: وكذا الربح والوضيعة فيما بلغني عن مالك.

قال محمد بن رشد: قوله على أن ينقده مائة يريد والتسعمائة قِبَلَه وفي ذمته إلى أجل معلوم، والشراءُ له وللمال القراض، ولو كان اشتراها على أن تكون السلعة كلها للقراض ويؤدي ربّ المال التسعمائة عنده إذا حلّ الأجل لكان بالخيار بين أن يجيز ذلك ويؤدي إلى التسعمائة إذا حلّ الأجل وتكون السلعة كلها على القراض، وبين ألَّا يجِيزَ ذلك فلا يكون منها على القراض إلا بقدر المائة التي دفع إليه من قيمة السلعة يوم اشتراها، ويكون للمقارَض منها قدر ما زادت قيمتها على المائة التي دفع إليه، هَذَا قوله في هذه الرواية أن السلعة تقوم بالنقد يريد يوم اشتراها، فإن كانت قيمتها تسعمائة كان للقراض التسع، ومثله في المجموعة وفي كتاب ابن المواز في القراض من المدونة. وقال محمد بن المواز: ليس هذا بشيء، لأنه إن استرخص لم ينتفع القراض بذلك، وإن استغلى لم يلحقه الغلاء، إذ لو كانت قيمتها بالنقد ألفاً أو ألفاً وخمسمائة لم يقع للقراض من ذلك إلَّا مائة. والصواب من ذلك أن يقوم الدَّين. وقد روى عن مالك وعن ابن القاسم وأشهب أن ينظر إلى قيمته التسعمائة أن لو نقد بعرض، وينظر إلى قيمة العرض، فإن سوى ستمائة كان للقراض سبع السلعة فيما يقع لذلك من ربح أو وضيعة، وهو القياس، لان الدين حكمه حكم العرض فكأنه قد اشترى السلعة بالمائة القراض وبعرض. فالواجب في ذلك بلا خلاف أن ينظر إلى قيمة العرض. فإن كانت قيمتُه ستمائة كان للقراض السبع وإن كانت قيمته سبعمائة كان للقراض الثمن، وكذلك على هذا المثال ما زادت قيمته أو نقصت، وعلى هذا أَصْلَحَ سحنون مسألة المدونة أن يقوم الثمن المؤجل لا السلعة، ووجه ما وقع في المدونة من تَقْويم السلعة هو أن الديون لَما لم تَجْرِ العادةُ بتقويمها كانت قيمتُها غير معروفة. والغالبُ أن السلعة إنما تشتري بقيمتها دون غبن يجري في ذلك على البائع وعلى المبتاع. فَالأحْسَنُ في هذا من أجل أن العادة لم تجر بتقويم الديون وأن السلع قد يتغابن في شرائها وإن كان الأغلب أنها إنما تشتري بالقيمة. دون تَغَابُنٍ أن تقوم السلعة بالنقد وعلى أن يتأخر من

الثمن تسعمائة إلى الأجل، فإن كانت قيمتُها بالنقد ألف دينار وإنْ يَتَأخرْ من الثمن تسعُمائة إلى ذلك الأجل ألف ومائتان، علمنا أنه قد زاد على قيمة السلعة بالنقد من أجل التأخير سدس الثَّمَنِ، لأن المائتين التي بين الألف وبين الألف والمائتين سدس الألف والمائتين، فيحط من الألف التي اشترى بها السلعة سدُسها وهو مائة وستة وستون وثلثان، فيكون الباقي هو ثمن السلعة وذلك ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، يكون القراض منها مائة، وذلك عشرها وخمسة أسباع عشر عشرها. وكذلك ما زاد أو نقص على هذا الحساب. وكذلك لو اشترى سلعة بالنقد بأكثر من رأس مال القراض لكان شريكاً للقراض بالزايد. وفي ذلك تفصيل وقع تفسيره في الدمياطية. قال ابن القسام فيها: في القراض وجهان لا يأبه كثير من الناس إليها، رجل أخذ مائة دينار قِراضاً وله مائة دينار لنفسه فخلطها بها ثم اشترى سلعة، قال فهما شريكان وليس صاحب المال هنا مخيراً. قال وإن كان إنما أخذ مائة دينار قِراضاً ثم اشترى سلعة فيسلف فيها مائة دينار فصاحب المال بالخيار، إن شاء أن يؤدي ما سلف عليه أدَّاهُ، وإن شاء كان شريكاً في السلعة كذا وقع في الدمياطية، ولا فرق في القياس والنظر أن يخلط مائة بمائة القراض قبل الشراء، أو لا يخلطها بها إنْ قال في الوجهين جميعاً إنما زدت المائة من مالي على أن أكون شريكاً في السلعة بها صدق في ذلك ولم يكن لرب المال عليه في ذلك خيار. وإن قال إنما زدت المائة من مالي على سبيل السلف لرب المال كان ربّ المال بالخيار إن شاء أن يؤدي المائة وتكون السلعة كلها على القراض كان ذلك له، وإن شاء كان شريكاً في السلعة معه بها وللعامل في القراض إذا كان مديراً أن يشتري على القراض بالدين إلى أن يبيع ويقضي. وأما إذا كان غير مدير فاشترى سلعة بجميع مَالِ القراض فليس له أن يشتري غيرها بالدين على القراض، فإن فعل لم يكن على القراض وكان له ربحها وعليه وضيعتها، وإن أَذِنَ له ربّ المال في ذلك إلَّا أن يأذن له في أن يشتري على القراض على أنه إن ضاع مال القراض كان ضامناً لذلك في ذمته، فيجوز وتكون السلعة على القراض وسيأتي هذا المعنى في سماع أبي زيد. وكذلك لو اشترى بالمال القراض سلعة فلم ينقده حتى اشترى سلعة أخرى على القراض كان ربحها له ووضعيتها عليه، لأن صاحب السلعة الأولى أحق بمال القراض إلَّا أن يأذن له ربّ المال في شرائها على القراض أنه ضامن للثمن إن تلف مال القراض، ولم يعط في المدونة في هذه المسألة جواباً بَيّناً. وإذا باع العامل السلعة التي اشترى للقراض بربح قبل أن ينقد ثمنها فالربح بينهما بمنزلة أنْ لَوْ باعها بعد أن نقد.

وكذلك إن اشترى السلعة للقراض والمال غائب في بيته بمال من عنده أو بسلف من ربّ المال أو من غيره، فالربح بينهما على القراض وإن كان بيعه إياها قبل أن يقضي الثمن الذي تسلفه من المال الذي في البيت، وإن اشترى سلعة ثانية بالمال الذي في البيت بعد أن باع السلعة الأولى كانت على القراض أيضاً، فإن خسر فيها جَبَرَهُ من ربح السلعة الأولى. قاله ابن القاسم بعد هذا في رسم إن خرجت من سماع عيسى، ولو اشترى السلعة الثانية بالمال الذي في البيت قبل أن يبيع السلعة الأولى لم يكن على القراض وكان النقصان منه إن بيعت بنقصان لأنه متعد إذا اشترى به، وبائع السلعة الأولى أحق به، وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

ومن كتاب أوله: لا قسامة في العبيد

وقال مالك في الرجل يأخذ المال قِراضاً فيعمل فيه ثم يشتري من ربح المال أو من جملته جارية فيطأها فتحمل منه ثم نقص المال. قال مالك إن كان له مال أخذت قيمة الجارية من ماله فيجْبَرُ به القراض، ثم ما كان من ربح بعد وفاء المال فهو بينهما قال ابن القاسم: وإن لم يكن له مال اتبع بقيمتها دَيْناً ولم تُبَعْ. قال سحنون قول ابن القاسم يكون ديناً يتبع به غير معتدل عندي وتباع إلَّا أن يكون فيها فضل فيباع منها بقدر رأس مال ربّ المال وربحه ويبقى ما بقي منها بحال أم الولد.

قال محمد بن رشد: قولُ مالك في هذه المسألة هو نص قول مالك في الموطأ، وزاد فيه، فإن لم يكن له مال بيعت الجارية حتى يُجْبَرَ المال من ثمنها. وهذا هو الحكم فيها إذا اشتراها ثم وطئها فحملت، والقيمةُ في ذلك إذا كان له يوم حملت. فلم يفرق مالك على قوله هذا وهو قوله في موطأه بين أن يشتريها من مال القراض فيطأها وبين أن يطأها بعد أن اشتراها للقراض، وفَرقَ ابنُ القاسم بين المسألتين فقال: إنه إذا اشتراها من مال القراض ليطأها فوطئها أنها لا تباع إن لم يكن له مال، قال مرة وتؤخذ منه قيمتها إن كان له مَال فيجبر به القراض، ويتبع بها إن لم يكن له مال ولا تباع وهو قوله في هذه الرواية. ومعناه عندي إن كانت القيمةُ أكثرَ من الثمن فإرادتُه أنه يتبع بالأكثر من الثمن أو القيمة، وقال مَرةً إنه يؤخذ منه الثمن فيجبر به القراض إن كان له مال، ولا تباع، وهو قوله في رسم جاع فباع امرأته من سماع عيسى بعد هذا. وإذا أخذ منه الثمنُ الذي اشتراها به أو الأكثر من القيمة أو الثمن على ما تَأولْنَا عليه قولَه في هذه الرواية واتبع بذلك ديناً ثابتاً في ذمته كانت له أمّ ولد وَلَمْ يتبع بقيمة الولد على ما قاله

عيسى بن دينار في رسم جاع فباع امرأته من سماع عيسى، لأنه لم يقل إنه يتبع بقيمة الولد إلَّا إذا اشتراها للقراض ثم وطئها، وسنذكر هناك وجه قَوْلِه إن شاء الله وعاب سحنون قولَ ابن القاسم واختار قول مالك أنها تباع إن لم يكن لها مال وتباع على مذهبه، وما اختاره من قول مالك فيما لزمه من قيمتها يوم حملت فإن لم يَفِ ثمنُها الذي بيعت به بقيمتها يوم حملت اتبع بما نقص من قيمتها يوم حملت وإذا أخذت منه قيمتها يوم حملت أو بيعت في ذلك إن لم يكن له مال على هذا القول يُخَرَّجُ اتباعه أيضاً مع هذا بقيمة الولد على قولين قد ذكرنا وجههما في نوازل سحنون من كتاب الاستبراء. وهذا إذا لم يكن فيها فضل. وأما إن كان فيها فضل فقيل إنه يُباع منها على العامل إن لم يكن له مال لرب المال بقدر رأس ماله وربحه ويبقى ما بقي منها بحال أم ولد. وهو قول سحنون هاهنا. وقيل يكون حكمُها حكمَ الأمة بين الشريكين يطأها أحدهما فتحمل ولا مال له، وهو قول عيسى بن دينار في رسم جاع من سماعه. هذا تحصيل القول في هذه المسألة على ما حملها عليه بعضُ أهل النظر باتباع ظواهر الروايات، والذي أقول به في هذه المسألة أن الاختلاف في بيعها إذا حملت وهو عديم إنما هو إذا اشترى ووطىء ولم يعلم إن كان اشترى للقراض أو لنفسه بمال استخلفه من القراض إلَّا بقوله. فحمله مالك على أنه اشتراها للقراض وَلَمْ يصدقه أنه اشتراها لنفسه بمال استسلفه من القراض. ولذلك قال إنها تباع إن لم يكن له مال، وحمله ابنُ القاسم على أنه اشتراها لنفسه بمال تسلفه من القراض بل لم يصدقه أنه اشتراها للقراض إن زعم ذلك على ما روى عنه أبو زيد في سماعه. ولذلك قال: إنها لا تباع. وأما إن علم أنه اشتراها لنفسه بمال تسلفه من القراض فلا تباع ويتبع بالثمن الذي اشتراها به في ذمته قولاً دون اختلاف، كما لا يختلف إذا اشتراها للقراض ببينة تقوم على ذلك ثم وطِئَها فحملت ولا مال له في أنها تباع فيما لزمه من قيمتها، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: مرض وله أم ولد فحاضت

قال: وسئل مالك عن رجل قارض رجلاً ثم إنه أشركه بعد ذلك في سلعة اشتراها. قال: إن كان صَحَّ ذلك فلا أرى بأساً. قال عيسى لا بأس من اشترى منهما سلعة من صاحبه فأشرك صاحبَه فيها، المقارِضَ كان المقارَض، كان من مال القراض أو من مال نفسه.

قال محمد بن رشد: أما إذا أشرك العاملُ لرب المال القراض في سلعة اشتراها لنفسه من ماله أو للقراض من مال القراض فلا إشكال في جواز ذلك. إذ لا اختلاف في أنه يجوز أن يبيع العاملُ من ربّ المال سلعة إلَّا أن يكون ذلك والمالُ ناض عنده وقيمةُ السلعة أكثرُ من الثمن الذي باعها به منه فيُكْرَهُ ذلك مخافَةَ أن يكون إنما حاباه بها لِيُقِرّ القراض بيده ولا يأخذه منه.

وأما إذا أشرك ربُّ المال العاملَ في سلعة اشتراها فإن كان ذلك بعد أن نقد الثمن فذلك بمنزلة إذا باع منه في سلعة سواء. ولذلك قال مالك إن كان صح ذلك فلا أرى به بأساً. وقد مضى تحصيلُ القول في ذلك في أول سماع ابن القاسم. ورَأى عيسى التهمةَ في ذلك مرتفعةً من أجل أن الشركة على وجه المعروف. وأما إن كان أشركه فيها قبل أن ينقد الثمن بحضرة البيع فلا إشكال في أن ذلك جائز إذ لا تهمة فيه من أجل أنه إنما يدفع الثمن إلى البائع والعهدة عليه فكأنه إنما اشترى منه. ويحتمل أن يكون تكلم مالكٌ على أنه قد نقد وعيسى على أنه لم ينقد وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

من سماع أشهب وابن نافع من مالك رواية سحنون من كتاب أوله: قراض

قال سحنون: قال أشهب وابن نافع: سئل مالك عن الرجل يدفع إلى رجل مالاً قِراضاً واشترط عليه أنّ زكاةَ ربح المال في حصتك من الربح قال: لا خير فيه، ثم سئل عنها من الغد أيضاً فقيل له الرجل يقارض الرجل ويشترط عليه أن عليك زكاة ربح المال في حصتك من الربح؟ فقال: ما هذا بحسن.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما في أصل الأسدية من أنه لا يجوز لواحد منهما أن يشترط زكاة الربح على صاحبه. خلافُ قوله في المدونة أنه يجوز أن يشترط ذلك واحدٌ على صاحبه. وقد مضى في آخر سماع أشهب من كتاب المساقاة وجهُ الاختلاف في ذلك إذا اشترط أحدُ المتساقيين على صاحبه زكاةَ الثمرة فأغنانا ذلك عن إعادته هنا. إذ لا فرق بين اشتراط أحد المتساقيين على صاحبه جميعَ زكاة الثمرة في المساقاة وبين أن يشترط أحد المتقارضين زكاةَ ربح المال على صاحبه في القراض.

وأما زكاة رأس المال فهو على صاحب المال لا يجوز له أن يشترطه على العامل باتفاق وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن الرجل يأخذ من الرجل مائة دينار قِراضاً ويقول له إن احتجتَ زدتك فيشتري العِكْمَ البَزّ بمائة دينار وعشرة دنانير ثم يأتي فيأخذ منه العشرة بعد اشترائه العكم. فقال ما أرى بذلك بأساً.

قال محمد بن رشد: وهذا بَيِنٌ على ما قاله، لأنه اشترى ذلك العكم بالزيادة التي زاده على ما دفع إليه أولا في صفقة واحدة، ولو اشترى العكم البز بمائة دينار ثم أراد أن يشتري سلعة أخرى بزيادة يأخذها منه لم تجز إلّا على أن يكون قِراضاً على حدة لا يخلطها، ولو زاده زيادة بعد أن باع العكم الذي اشتراه أولا بالمائة بربح أو وضيعة لَمَا جاز ذلك على أن تخلطه بالمال الأول ولا على ألاّ يخلطه به إذا كان على خلاف الجزء الأول. واختلف إن كان زاده الزيادة على مثل الجزء الأول. فقيل إن ذلك لا يجوز أيضاً بحال. وهو قول ابن القاسم في المدونة. وقال غيره فيها إن ذلك جائز على ألّا يخلطه بالمال الأول وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: مسائل بيوع

وَسُئِلَ مالك عن رجل أخذ من رجلين مالاً قِراضاً فأراد أن يخلطه بغير إذنهما، فقال يستأذنهما أحسنُ وأحَبُّ إلي، فإن لم يستأذنهم فلا أرى عليه سبيلاً قيل له فإنه استأذن أحدهما فأذن له ولم يأذن له الآخر فخلطهما قال يستغفر الله ولا يعد.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما في المدونة سواء في المعنى في الرجل يأخذ مالاً قِراضاً وله مال يتجر فيه أنّ له أنْ يخلطه فيتجر بهما جميعاً معاً والصوابُ أن يفعل ذلك تَحَرّياً للعدل فيما بينه وبينه إن خشي إن قدم ماله وقع الرخص فيه وإن قدم مالَ الرجل أن يقع الرخص في الآخر، فكذلك هذان المالان له أن يخلطهما بعد إذن صاحبيهما تَحَرّياً للعدل فيما بينهما ولما يرجو من استغزار الربح بخلطهما، واستئذانهما أحسنُ إذ قد يكره كل واحد منهما ذلك لما يعتقد من أن ماله أَطْيَبُ من مال الآخر، فإن خلطه بغير اختيار صاحبيهما لم يلزمه في ذلك ضمان إذْ لا ضرر في خلطتهما على واحد منهما ولا وجه من وجوه التضييع وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن القراض في نُقَر الذهب والفضة أيصح؟ فقال: نعم في رأيي قد قارض الناسُ قبل أن يُضرب الذهب والفضة. قلتُ له ويرد نقراً مثلها؟ قال: نعم. قلت له: ولا

يصح أن يقارض من الذهب والفضة فيما كان مصوغاً؟ فقال: ليس هكذا يقارض الناس، يبيع ذلك الخلخال والسوار ويعطيه دنانير. قلت له ذلك أحب إليك؟ قال: لا بل هو الشأن متى يأتي هذا المقارض بمثل هذا الخلخال وهذا السوار ويرد عليه مثله.

قال محمد بن رشد: مضى القول في القراض بالنقر من الذهب والفضة في رسم مساجد القبائل من سماع ابن القاسم فلا معنى لِإعادته. ومضى فيه أيضاً ذكر الاختلاف في القراض بالحلي المصوغ. ولمالك في كتاب ابن المواز أن ذلك لا يجوز مثلُ قوله هنا، وزاد أنه إن وقع القراض بالحلي المصوغ من الذهب أو الفضة فهو أَجِيرٌ في بيعه وعلى قراض مثله في الثمن، وهو مفسر لقوله في هذه الرواية: لأن الصياغة كالعروض. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن المقارض أيشربُ الدواء وَيَحْتَجِمُ ويدخل الحمام من القراض، فقال: ما كانت هذه الأشياء يوم كان القراض إن قَلّم ظفراً أو أخذ من شَعره كان من القراض!!! ما كانت هذه الأشياء حين كان القراض، وأما في الحَجَامة والحمام فأرجو أن يكون خفيفاً.

قال محمد بن رشد: قولُهُ ما كانت هذه الأشياء يوم كان القراض يريد أنه لم يكن يؤخذ عليها في الزمن الأول أعواض. والواجب أن يرجع في هذه الأشياء كلها إلى العرف والعادة في كل زمن وكل بلد، فما لم تجر العادة أن يؤخذ عليه عوض من ذلك لم يصح له أن يعطي عليه عوضاً من القراض، وما جرت العادة أن يؤخذ عليه عوض من ذلك وقدره يسير يتكرر جاز له أن يعطيه من مال القراض، لأن ربّ المال قد علم بذلك ودخل عليه لتكرره، بخلاف الدواء الذي إنما يؤخذ عند المرض فلا يصح له أن يعطيه من القراض إذ لم يدخل على ذلك ربّ المال معه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألتُهُ عن زكاة القراض فقال: زكاةُ رأس المال على ربّ المال، وزكاة الربح من بينهما على قراضهما، وذلك أن يكون رأس المال ألف دينار فيدفع فيها خمسة وعشرين ديناراً فيؤدي من الألِف رأسِ المال زكاتها خمسة وعشرين ديناراً على ربّ المال، ثم يؤخذ من الخمسة وعشرين ديناراً زكاتُهما ربع العشر ثم يقتسمان ما بقي بينهما على قراضهما.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذا أن ربح القراض يزكى كما يزكى رأس المال،

قيل إذا كان في رأس المال وحصة ربّ المال من الربح ما تجب فيه الزكاة وهو المشهور من مذهب ابن القاسم. وقيل إذا كان في جميع المال بربحه ما تجب فيه الزكاة وهو قول أشهب وروايته عن مالك ومذهب سحنون واختيار محمد بن المواز. وقيل إنه لا يجب على العامل في حظه من الربح زكاة حتى يكون ما تجب فيه الزكاة فرأسُ المال وحصة ربّ المال من الربح مزكاة على ملكه باتفاق، لا يجب في ذلك زكاة إلّا أن يكون حراً مسلماً لا دين عليه ويكون قد حال عليه الحول وفيه ما تجب فيه الزكاة وفيه مال سِوَاهُ إن كان له مال سواه قد حال عليه الحول ما تجب فيه الزكاة.

واختلف في زكاة حصة العامل من الربح. فقيل إنها مزكاة على ملك ربّ المال لا يراعى شروط وجوب الزكاة المذكورة إلَّا فيه لَا في العامل. وقيل إنها مزكاة على ملك ربّ المال لا تراعى شروط وجوب الزكاة المذكورة إلّا فيه لا في ربّ المال. وقيل إنها مزكاة على ملكهما جميعاً، فتراعى الشروط المذكورة فيهما جميعاً. ولم يجر ابن القاسم في ذلك على قياس، لأنه راعى الإسلام والحرية وعدم الدَّيْنِ في كل واحد منهما. واضطرب قوله في النصاب والحول، فله في النصاب ثلاثة أقوال. أحدها وهو المشهور من قوله أنه لا يجب على العامل في حظه الزكاة حتى يكون في رأس المال وحصته من الربح ما تجب فيه الزكاة. والثاني وهو قوله في رواية أصبغ عنه أنه لا تجب على العامل في حظه الزكاة حتى يكون في رأس مال ربّ المال وجميع الربح ما تجب فيه الزكاة. والثالث أنه لا يجب على العامل في حظه من الربح زكاة حتى يكون في رأس مال ربّ المال وحصته من الربح ما تجب فيه ويكون أيضاً في حظه من الربح ما يجب فيه. وهذا القول تأوله محمد بن المواز على ابن القاسم ولا يوجد له نصاً. والثلاثةُ الأقوال كلها استحسان ليست بجارية على أصل ولا قياس، إذ لم يَعْتَبِرْ في ذلك ملكَ أحدهما دون صاحبه على انفراد ولا ملكَهما كما فعل في الحرية والإسلام وعدم الدِّين إذ اقتصر في النصاب على رأس المال وحصة ربّ المال من الربح دون أن يضيف إلى ذلك ما لرب المال من مال غير مال القراض، وعلى حصة العامل من الربح دون أنْ يضيف إلى ذلك أيضاً ماله من مال حالَ عليه الحولُ فيتِم به النصاب، وله في الحول قولان أحدهما أن العامل لا تجب عليه في حظه من الربح الزكاةُ حتى يقيم المال بيده حولاً من يوم أخذه وإن لم يعمل به إلّا قبل أن يحول عليه الحولُ بيسير. قاله في الزكاة في المدونة، وله في القراض منها دليل على أن الزكاة تجب عليه في حظه من الربح وإن لم يَقُم المال بيده حولاً إذا كان في رأس مال ربّ المال وحصته

من الربح ما تجب فيه الزكاة وحال عليه الحول، والى هذا ذهب ابن المواز وعليه حَمَلَ قولَ مالك، وهو الأقْيَسُ ألا يُرَاعَى في حقه الحول كما لا يُرَاعَى فيه النصاب. والقولُ الأولُ هو أجرى على أصله وأظهر من مذهبه، وقد فرغنا من تحصيل القول في هذه المسألة في غير هذا الكتاب وبالله التوفيق.

ومن كتاب الزكاة

قال: وسئل مالك عن الرجل يدفع إلى الرجل مالاً قِراضاً ويشترط عليه أن زكاة الربح في حصتك من الربح. فقال ليست فيه خير حتى تكون الزكاة على المال كله ثم قيل له بعد ذلك إنما اشترط عليه أن زكاة ربح المال عليه في حصته، فقال: لا خير فيه وليس هذا بحسن. قال أشهب لا أرى بذلك بأساً لأنه جزء من الربح.

قال محمد بن رشد: قولُ أشهب هذا على ما في المدونة من قول ابن القاسم وروايته عن مالك وفي كتاب ابن المواز وغيره من رواية ابن القاسم وغيره خلافُ روايته هذه عن مالك، وخلافُ ما في أصل الأسدية. وقد تقدم ذلك في أول السماع وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسئل مالك عمن دفع إليه تسعة عشر ديناراً قراضاً فربح فيها ديناراً أترى عليه الزكاة؟ قال: نعم عليهما الزكاة، وإنما ذلك كهيئة أن يدفع إليه تسعة وثلاثين ديناراً قِراضاً يربح فيها ديناراً فتصير أربعين ديناراً، فزكاتها دينارٌ يزكى كل واحد منهما ماله.

قال محمد بن رشد: قولُ مالك هذا في رواية أشهب عنه إنه يزكي التسعة عشر ديناراً إذا ربح المقارض فيها ديناراً وحال عليها هو مثلُ قول أشهب وابن القاسم وأصبغ في سماع أصبغ خلافُ قول ابن القاسم في سماع سحنون بعد هذا وخلاف ما في المدونة من أنه لا تجب على العامل في حظه من الربح زكاة حتى يكون في رأس مال ربّ المال وحصته من الربح ما يجب فيه الزكاة. وقد مضى تحصيلُ القولِ في هذه المسألة في الرسم الذي قبل هذا وبالله التوفيق.

من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم

من كتاب أوله: نقدها نقدها

قال عيسى: وسئل ابنُ القاسم عن رجل أخذ من رجل مالاً قِراضاً على أن يدفعه إلى رجل آخر سماه قِراضاً ويكون على الآخر الضمان. قال ابنُ القاسم يُرَدّان إلى

قراض مثلهما، وهو بمنزلة ما لو دفعه إليه نفسه على الضمان، فإنه يرد إلى قراض مثله، وليس على الآخر من الضمان شيء.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة عندي أنه أخذ منه المال قراضاً بالضمان على أن يدفعه قراضاً إلى رجل سمى إن شاء، فصار كأنه دفع إليه قِراضاً على أن يكون له ضامناً وأذن له أن يقارض به رجلاً سماه، فوجب أن يكون حكمه حكم القراض بالضمان يُردُّ فيه إلى قراض مثله إذا فات بالعمل وعمل هو به أو دفعه إلى الرجل المسمى، وإن لم يعمل هو به ودفعه إلى الرجل المسمى قِراضاً فللرجل المسمى الجزءُ الذي اشترطه إذ لا فساد فيما بينه وبينه ولمالك في كتاب ابن المواز أن للعامل في القراض على الضمان الأقل من قراض مثله أو المسمى. وهذا على الاختلاف في البيع والسلف إذا وقع وفات هل تكون فيه القيمة بالغة ما بلغت أو الأقلُّ من القيمة أو الثمن إذا كان المبتاع هو الذي أسلف، فإن كان في مسألتنا هذه قد أخذ القراض على النصف بالضمان فدفعه إلى الرجل المسمى على النصف أيضاً فرد إلى قراض مثله على ألَّا ضمان عليه وهو الثلث، كان السدس الفاضل من الربح لرب المال لأنه أحق بالربح بمنزلة إذا أخذه على أن يكون له الثلث ودفعه إلى غيره على النصف، ولو كان قراض مثله الثلثين فرد إليه على القول بأنه يرد إلى قراض مثله بَالغاً مَا بلغ لكان ربّ المال أحق بثلثي الربح ويرجع المقارض الثاني على المقارَض الأول بمثل سدس الربح لاستحقاق ربّ المال ذلك من يديه. فمعنى قوله على ما حملنا عليه المسألة، وهو بمنزلة ما لو دفعه إليه نفسه على الضمان، أي وهو بمنزلة ما لو دفعه إليه نفسه على الضمان ولم يقل له شيئاً ووقع في بعض الكتب على الآخر على الآخذ بالذال، في الموضعين جميعاً بالذال، وفي بعضها على الآخر بالرَّاءِ في الموضعين جميعاً وفي بعضها في الأول بالذال وفي الثاني بالراء، وفي بعضها بعكس ذلك من غير تقييد رواية بشيء من ذلك يلزم الرجوع إليه. والصوابُ ما حملنا عليه المسألة أن يقرأ الأول بالذال والثاني بالراء، ولو كان إنما دفع إليه المال قِراضاً على أنه ضامن له بشرط ألَّا يعمل هو به وأن يدفعه إلى الرجل المسمى قِراضاً لوجب أن يكون الثاني عَلَى قِرَاضه، ويكون للأول أجرة مثله في دفعه المال إلى الثاني إن كان ذلك شيء له أجرة. وقد مضى بيان هذا في رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة من سماع ابن القاسم. وقد تأول بعض أهل النظر المسألة على أن المعنى فيها أنهُ دَفَعَ إليه المال قِراضاً على أن يدفعه إلى رجل سماه قِراضاً ويشترط عليه الضمان، فعلى هذا يُرَدُّ الثاني إلى قراض

مثله، فعلى هذا يكون الأول من اللفظين على الآخر بالراء والثاني على الآخذ بالذال.
وقد اختلف في القراض الفاسد إذا لم يعثر عليه حتى فات بالعمل على أربعة أقوال:

أحدها: أنه يرد فيه كله إلى إجارة مثله، وهو قول عبد العزيز بن أبي سلمة وإليه ذهب الشافعي وأبو حنيفة.

والثاني: أنه يرد فيه كله إلى قراض المثل وهو قول أشهب وقول ابن الماجشون وروايته عن مالك.

والثالث: أنه يرد إلى قراض مثله إلَّا أن يكون قراضُ مثله أكثرَ من المسمى فلا يزاد على المسمى إذا كان الفساد بما اشترطه ربّ المال على العامل أو أقل من المسمى فلا ينقص من المسمى إذا كان الفساد بما اشترطه العامل على ربّ المال، وهو يأتي على مَا حَكَاهُ ابنُ المواز. عن مالك في القراض بالضمان أن له الأقل من قراض مثله أو المسمى.

والرابع: أنه يرد إلى قراض مثله في كل منفعة اشترطها أحدُ المتقارضين على صاحبه في المال ليست بخارجة عنه ولا منفصلة منه ولا خالصة لمشترطها، وإلى إجارة مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه خارجة عن القراض ومنفصلة عنه وخالصة لمشترطها وفي كل غرر وحرام خرجا به عن سنةِ القراض. وهو مذهب ابن القاسم وروايتهُ عن مالك وقول مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ، وإياه اختار ابنُ حبيب، وبالله التوفيق.

ومن كتاب استأذن سيده

وسئل ابنُ القاسم عن رجل من أهل القُلْزُم قَارَضَ رجلاً بمال فسار المقارَض بالمال إلى الحجاز فاشترى به تمراً واكترى مَرْكَبا بأحَدٍ وعشرين ديناراً، فلما قدم القلزم قال صاحب المركب: لمن هذا التمر؟ قيل له لفلان صاحب المال، فقال والله ما كنت لِآخُذَ منه شيئاً قد أولاني من نفسه خيراً وَعَارِفَةً. فأراد صاحب المال أن يكون له الأحدُ وعشرون وحده، قال: إن لم يكن علم صاحب المركب أن المال كان قِراضاً فالأحدُ وعشرون لصاحب المال، وإن كان علم أن المال قراض وقال والله ما تركتها إلَّا له وحده كان القول قوله في ذلك أيضاً، وإن قال قد علمتُ أنها قراض فتركتها على وجه المكَافَأة ولم أذكر له وحده كانت بينهما على قراضهما.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، إنه إذا لم يعلم، صاحب المركب أن المال

قراض فالأحدُ والعشرون دينارا لصاحب المال، لأنه لم يرد بعطيته سواه وأما إذا علم أن المال قراض فالعطية بينهما على قراضهما، لأنه لما ترك كراء مركبه ووهبه وهو يعلم أنه قراض حصل التمرُ محمولاً بغير كراء، فحصلت العطية لهما إلّا أن يقول صاحبُ المركب، إنما أردت أن يختص صاحب المال بجميع الكراء إذ قد كان وجب لي، فيكون ذلك له وبالله التوفيق.

ومن كتاب العارية

وقال في رجل دفع إلى رجل مالاً قِراضاً عشرةَ دنانير تنقص خروبة فاشترى به سلعة فباعها بعشرة دنانير قائمة فأراد الذي له الدنانير أن يأخذها ويعطيه قيمة ربحه ورقاً أو تبراً أو يأخذها ويعطيه قدر ما ينوبه دنانير. قال ابن القاسم: لا يَصْلُحُ ذلك من قبل الذهب بالذهب متفاضلاً.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قال إنه لا يجوز لرب المال أن يأخذ الدنانير القائمة ويعطيه قدر ربحه منها تِبْراً ذهباً أو دنانير، لأن ربحه لم يتعين في الدنانير القائمة التي باع بها السلعة ولا حصل شريكاً مع ربّ المال فيها بقدر ربحه، إذ لا يجوز له الربح إلَّا بعد أن ينض رأس المال لصاحبه دنانير ناقصة خروبة على ما دفعه إليه، وذلك لا يَكون إلَّا بعد بيع الدنانير القائمة بدراهم وبيع الدراهم بدنانير ناقصة خروبة كما دفعها إليها هو، وهو الآن لا يدري إذا فعل ذلك كم ينض له من الربح أو هل يكون له ربح أم لا، إذ لعله سيستلف من الدنانير أو الدراهم شيئاً في حال تصريفه إياها فدخل ذلك الغررُ مع ما ذكره ابنُ القاسم في الرواية من بيع الذهب بالذهب متفاضلاً، ولم يجب ابنُ القاسم في الرواية إذا أعطاه قيمة ربحه وَرِقاً. ويظهر من تعليله في الذهب أنه يدخله الذهبُ بالذهب متفاضلاً أن ذلك يجوز في الورق، ولا يجوز ذلك على بيناه، لأنه يبقى فيه علةُ الغرر حسبما وصفناه. ولو كان باع السلعة بدنانير من صفة الدنانير التي دفع إليه في رأس مال القراض أكثرَ من الدنانير التي دفع إليه فوجب له ربحه فيها بعض دينار لجاز أن يعطيه في حظه منه تِبْراً ذهباً مراطلة بأن يَزِنَ جميع المثقال فيعطيه قدر الجزء الذي له فيه تِبْراً ذهباً أو مثقالاً صغيراً بوزنه إذ لا ينقسم المثقال على ما قالوا في الحلى من الذهب يكون بين الشريكين إنه يجوز أن يزناه فيعطي أحدُهما صاحبَه وزنَ حظه ذهباً. ولا اختلاف في هذا، بخلاف النُّقْرَةِ تكون بين الشريكين فأجاز ذلك ابنُ القاسم فيها ورواه عن مالك لما في قسمتها من المؤنة، ولم يجز ذلك مالك

في رواية أشهب عنه، إذ لا مضرة في قسمتها بخلاف الحلي.

وأما بيع نصيبه من شريكه بدنانير إن كانت فضة أو بدراهم إن كانت ذهباً فلا اختلاف في جوازه. وقد عارض الفضلُ قولَ ابن القاسم في هذه المسألة بقول مالك في أول رسم من سماع ابن القاسم أنه لا بأس أن يأخذ المقارض من شريكه ربحا ذهباً من غير الذهب التي هي بينهما. وليست بِمُعَارَضَةٍ صحيحة لما بيناه من أن الربح في هذه المسألة لم يتعين بعد للمقارضة في الدنانير القائمة. وقد مضى القولُ على مسألة سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: يوصي لمكاتبه بوضع نَجْمٍ من نُجُومِهِ

قال: وقال مالك في رجل يقارض الرجل بمائة دينار فيذهب فيشتري بها قَمْحاً فيأتيه ربّ المال فيقول إني احتجت إلى قمح لعيالي فقاسمني هذا أعطني نصفه واحبس نصفه فتبيعه ولك ربحه خالصاً، قال مالك: لا خير فيه، قلت لابن القاسمِ: لِمَ؟ قال لِمُخَاطرة الربح لعله لا يخرج إلّا رأس ماله أو لعله ينقص أو لعله لا يربح إلّا درهماً فقد خاطره بما لا يعلم.

قال محمد بن رشد: قد بين ابن القاسم معنى قول مالك وفسره. وهو تفسير صحيح يَدل على صحته تعليلُنا لقوله في المسألة التي قبل هذه، قال ابنُ حبيب في الواضحة إلّا أن يكون باعه ذلك بيعاً بنصف رأس ماله الباقي فيكون ضمانه بعدُ من العامل فلا بأس به. وكذلك فسره وقال ابن القاسم: ومعنى ذلك إذا باعه منه بنقد أو إلى أجل بأقل من ثمنه نقداً على ما مضى في رسم تأخير صَلاة العشاء في الحرس من سماع ابن القاسم وعلى ما يأتي أيضاً في رسم القطعان من هذا السماع وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوصى أن ينفق على أمهات أولاده

وقال ابنُ القاسم في رجل أخذ من رجل مَالاً قِراضاً فاشترى متاعاً وخرج إلى طرابلس، فقام عليه بطرابلس غرماء لصاحب المال. قال: فرقَ مَالِكٌ بين أن يقوم عليه غرماءُ صاحب المال وغرماءُ العامل، فقال إذا قام به غرماء صاحب المال بيع فأعطى العامل من ذلك حصته، وكان ما بقي لغرماء صاحب المال وإذا قام على العامل غرماؤه فأرادوا أن يباع فيأخذوا ربحه لأن فيه فضلاً لم يُبَع حتى يحضر صاحب المال.

قال محمد بن رشد: قوله إنه إذا قام على العامل غرماء صاحب المال بيع فأعطى العامل من ذلك حصته وكان ما بقي لغرماء صاحب المال معناه إذا كان لبيعه وجه لا

ضرر فيه على العامل، فإن كان عليه فيه ضرر لربح يرتجيه في أسواقه لم يُبَعْ عليه حتى تأتي أسواقُهُ. وكذلك في تفسير ابن مزين وكتاب ابن المواز عن مالك أنه لا تباع إلَّا أن يُرى لذلك وجه ومصلحة. وهو معنى ما في المدونة. وأما إذا قام على العامل غرماؤه فلا إشكال في أنه لا يباع المال عليه حتى يحضر صاحبُه لأنه لا ربح له في الحال حتى يرجع إلى ربّ المال رأس ماله. وقد تكررت هذه المسألة والكلام عليها في رسم البيوع من سماع أصبغ من كتاب المديان والتفليس، وفيها زيادة من قول أصبغ مشكلة قد مَضَى الكلامُ عليها هناك، وإنما لم تُبَعْ عروض القراض لغرماء العامل إذا قاموا عليه وصاحب المال غائب وإن كان فيها فضل بين لِمَا على صاحب المال من الضرر في أن يُفَاصَلَ عليه في القراض فيوقَفُ مالُه على يدي من لم يرض بأمانته ولو كان صاحب المال حاضراً لَبِيعَتْ على العامل العروض لغرمائه فأخذوا حظه من الربح في الموضعِ الذي لو سأل صاحبُ المال أن تباع، فيأخذ رأس ماله كان ذلك له، والله الموفق.

ومن كتاب أوله: بع ولا نقصان عليك

وعن رجل أخذ مالاً قِراضاً فاشترى به ظَهْراً فأكراه فنما المال أو نقص. قال أراه متعدياً وأراه ضامناً.

قال محمد بن رشد: قولُه إنه لا يجوز لمن أخذ مالاً قِراضاً أن يشتري به ظهراً فيكريه خلافُ مذهبه في المدونة، لأنه أجاز فيها من أخذ مالاً قِراضاً أن يشتري به أرضاً أو يكريها ويشتري به زريعة وأزْواجاً فيزرع لأنها تجارة من التجارات. قال إلَّا أن يكون خاطراً لذلك لظلم العمال إذ لا فرق بين المسألتين في المعنى، بل شِرَاء الظهر للكراء أدْخَلُ في باب التجارة من أن يزرع به، فإذا لم يُجِزْ للمقارَض أن يشتري بمال القراض ظهرا للكراء كان أحرى ألّا يُجِيزَ له أن يشتري به أرضاً أو يكتريها فيزرع فيها به، إذ ليس ذلك مما ينطلق عليه اسم التجارة بإطْلَاقِهِ، وإذا أجاز أن يشتري أرضاً أو يكتريها ويزرعها بمال القراض فأحرى أن يُجيز له أن يشتري به ظهراً للكراء.

فَحَمَلَ القراضَ في هذه الرواية على التجارة المعروفة العامة. وحَمَلَهَا في المدونة على كل ما هو تجارة وإن لم يكن ذلك من عَامّ التجارة إلَّا أن يأخذ القراض على أن يَزْرَعَ به فلا يجوز ويكون أجيراً إن وقع. قاله في المدونة وقد قيل إنه يجوز أن يأخذه بشرط أن يزرع به، وقع ذلك في كتاب ابن شعبان واختلف إذا شرط أن يزرع، فأجيز، وكره، وكذلك الكراء سواء. فيتحصل في ذلك ثلاثة أقوال. أحدها أن ذلك لا يجوز

بحال. وهو قوله في هذه الرواية. والثاني أنه يجوز بكل حال وهو أحد القولين في كتاب ابن شعبان والثالث الفرق بين أن يشترط ذلك عليه أو لا يشترط، فإن اشترط عليه أن يزرع به لم يجز، وإن زرع به من غير شرط واشترى به ظهراً للكراء جاز، ولم يكن عليه ضمان. وهو قوله في المدونة والله الموفق.

ومن كتاب سلف ديناراً في ثوب

وقال مالك في مال القراض يقيم في يدي العامل سنين من قبل أن يتفاصلا، قال: يزكي رأس ماله وربحه مرة واحدة إلَّا أن يكون كان يُدَارُ فيزكي للسنين الماضية قال ابن القاسم وكذلك العامل بالقراض بمنزلةٍ سوا في نصيبه إذا كان يدار. قلت أرأيت إن كان ربّ المال مديراً والعامل غير مدير. قال يزكي أيضاً لكل سنة مضت، وإن كان ربّ المال غير مدير والعامل مديراً فإنه يزكيه أيضاً لكل سنة مضت.

قال محمد بن رشد: قوله في مال القراض يقيم في يد العامل سنين من قبل أن يتفاصلا إنه يزكي رأس ماله وربحه مرة واحدة إلَّا أن يكون كان مديراً فيزكي للسنين الماضية. يدل على أن الحكم عنده في مال القراض لا يزكي إلَّا عند المفاصلة وإن أقام بيد العامل أعواماً على ما في رسم أبي زيد وفي القراض من المدونة، فإن كان لا يُدَارُ زكاهُ زكاة واحدة حين البيع والانفصال، وإن كان يدار زَكاهُ لكل سنة مضت قبلُ على قيمة ما كان بيده كل سنة زاد أو نقص. وقيل إنه إذا نقص لم يزكه للأعوام الماضية إلَّا على ما رجع إليه من النقصان. وقولُه وكذلك العامل في القراض بمنزلةٍ سواءٍ في نصيبه إذا كان يدار، يريد إذا كان القراض يدار فيزكي جميعه بربحه كله لكل سنة مضت منه، فتكون الزكاة قد حصلت على العامل في حظه من الربح كما حصلت على ربّ المال في رأس ماله وحظه من الربح.

وأما قوله إذا كان ربّ المال مديراً والعامل غيرَ مدير فإنه يزكي لكل سنة مضت. فالمعنى في ذلك إذا كان المال غائباً عنه أو حاضراً معه فَغَفَلَ عَن تقويمه مع ما يدير من ماله، لأن الحكم في ذلك إذا كان حاضراً معه أن يقومه في كل سنة ويزكيه مع ما يدير من ماله، قال ابن حبيب: بجميع ربحه وقال ابن القاسم في سماع أصبغ من كتاب الزكاة: بل بحصته خاصة من الربح ويخرج الزكاة عن قولهما جميعاً من ماله لا من مال القراض.

وقوله وإن كان ربّ المال غير مدير والعامل مدير فإنه يزكيه أيضاً لكل سنة مضت

يريد من مال القراض لا من مال نفسه، لأن العامل إذا كان مديراً فسواء كان ربّ المال مديراً تخرج الزكاة منه عند المفاصلة لما مضى من الأعوام، فيقع على العامل منها بقدر حصته من الربح، فإنما يستوي أن يكون المدير هو العامل أو ربّ المال في وجوب إخراج الزكاة عن الأعوام المتقدمة إن كانت لم تخرج منه الزكاة في كل عام عند حلوله ويفترق في حكم إخراجها على ما بيناه وذكرناه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل ابن القاسم عن رجل أخذ من رجل عشرة دنانير أو خمسة قِراضاً فاشترى بها أربعين من الغنم فحال عليها الحولُ عنده إن فيها شاة وإنَّها على صاحب المال، قلت فإن باعها بعد ذلك بعشرين ديناراً؟ قال: تقوم الشاة كم قيمتها من الثمن الذي ابتاع به الغنَم فإن كان ديناراً وكان رأسُ المال خمسةً رد إليه أربعة في رأس ماله واقتسما ما بقي.

قال محمد بن رشد: مثلُ هذا في المدونة في هذه المسألة بعينها وإن كانت هذه أَفْسَرَ وأبينَ منها، وكذلك قال في المدونة في زكاة الفطرة عن عبيد القراض إنها على ربّ المال، يريد أنها تحسب عليه من رأس ماله كزكاة الغنم. ووقع في بعض الكتب في زكاة الفطرة عن عبيد القراض أنها على ربّ المال وليس من مال القراض، وهو قريب من الأول. لأنها إذا عُدَّتْ من رأس ماله فقد أخِذت من ماله. وأشهب يقول في زكاة الفطر عن عبيد القراض إنها كزكاة مال القراض يكون على العامل منها بقدر مَالَهُ فيهم من الربح إن بيعُوا بربح. وقال ابن حبيب في مسألة الغنم هذه إنَّها مجتمع عليها من رواية المَدنيين والمصريين، لأن الذي يؤخذ منها هو نقصان منها، فهو كشيء استحق من رأس المال وزكاة الفطرة ليست في رقاب الرقيق ولا نقصاناً من عددهم، وإنما أجعل أنا فطرتهم كنفقتهم من جملة مال القراض يجبر من الربح ويكون رأس المال بحاله وهو الذي قال ابن حبيب ليس بِبَيّنٍ لا فرق في القياس بين المسألتين. وقد ساوى عبد الله بن عبد الحكم بينهما فقال إنهما كالنفقة تجبر من الربح ويكون رأس المال على حاله. وهو الأظهر لأن العامل أدخل ذلك على ربّ المال إذا اشترى بماله عبيدا أو دواب ينفق عليهم ولم يشتر سلعاً لا ينفق عليهم.

ويتحصل في هاتين المسألتين أربعة أقوال:

أحدها: أنهما جميعاً ملغاة كالنفقة، وهو قول عبد الله بن الحكم.

والثاني: أنهما يُؤْخَذَانِ من مال القراض ويجب على ربّ المال في رأس ماله،

وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية ومذهب مالك في المدونة واختيار ابن حبيب.

والثالث: أنهما يؤخذان من ربّ المال لا من مال القراض بمنزلة زكاة مال القراض إذا كان ربّ المال مُديراً والعاملُ غيرَ مدير وهو الذي وقع في بعض روايات المدونة من قوله في زكاة الفطرة عن عبيد القراض أنهما على ربّ المال في ماله وليس من مال القراض.

والرابع: الفرق الذي ذهب إليه ابنُ حبيب بين المسألتين والله الموفق.

ومن كتاب التفسير

قال ابن القاسم في المال الذي يحمل الكسوة والطعام إذا كان قليلاً ويخرج إلى مثل الأرض ودمياط ونحوها في اليمن والصوف والجزر وما خَرَجَ له فإنه يَأكُلُ منه ولا يكتسي، وإذا كان قليلاً وأراد مكاناً بعيداً فلا كسوة فيه ولا طعام وإذا كان المال كثيراً وكان السفر قريباً مثل دمياط ونحوها ففيه طعام وليس فيه كسوة إلَّا أن يكون يريد مقاماً مثل أن يشتري الحبوب وغيرها فيقيم الشهرين والثلاثة فإن ذلك سفر وإن قرب المكان، قال وإنما ينظر إلى المال ونحوه بقدر السفر والحاجة إليه ينظر إلى المكان الذي يريد إليه وإلى النفقة فيكون ذلك على ما يَرَى ولم يحد لنا فيه حدا.

قال محمد بن رشد: أَوْجَبَ ابنُ القاسم في هذه الرواية النفقة للمقارَض في المال القليل إذا كان السفر قريباً، وذلك خلاف ظاهر ما حكى ابن حبيب في الواضحة من أنه لا نفقة للعامل في المال القليل ولا ركوب ولا كسوة، وإن كان السفر قريباً ولم يحد في هذه الرواية ولا في الواضحة قَدْرَ قليل المال من كثيره ولا قدر قريب السفر من بعيده، والقليل من المال يختلف فيكون بعضه أقل من بعض، وكذلك القريب من السفر يختلف فيكون بعضه أقرب من بعض، فإنما في ذلك الاجتهاد كما قال في الرواية بأن ينظر إلى المال ونحوه وإلى قدر السفر ونحوه، فإن كان يحمل النفقة ذلك المال على قلته في ذلك السفر على قربه كانت النفقة فيه. وإلا فلا، وقد روى أشهب عن مالك فيمن دُفعَ إليه خمسون ديناراً قِراضاً فشخص فيها أيكون له فيها نفقة؟ فقال: نعم، وما أقل ما تحمل هذه من النفقة إلَّا إنْ شخص إلى المكان القريب وفي هذا بيان ما يعتبر به وبالله التوفيق.

مسألة:

وإذا دفع الرجل إلى الرجل وإلى عبده مالاً قراضاً، فإن كان إنما يجْعَلُ العبدَ

ليكون على الآخر عينا وليحفظ عليه أو لِيُعْلِمَه فلا خير فيه وإن كانا أمِينَيْنِ تاجرين، وإن كان العبدُ أدنى عملاً من الآخر فلا بأس به إذا لم يكن ما ذكرت.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله إذا كانا أمينين تاجرين فذلك جائز وإن كان الرجلُ أبصرَ بالتجارة من العبد لأن الرجل يجوز أن يدفع إلى عبده مالاً قِراضاً على ما قاله في المدونة وغيرها، فإذا جاز ذلك جاز أن يدفعه إليه وإلى غيره على أن يشتركا في العمل به وأن كان أحدهما أبصرَ بالتجارة من صاحبه لأن الشركة جائزة في التجارة بين الرجلين وإن كان أحدُهما أقعد بها من الآخر وفي الصناعة وإن كان أحدهما أصنعَ من الآخر، إذ لا بد أن يكون التجار بعضهم أتجر من بعض والصناع بعضهم أصنع من بعض، وأما إن كان العبد غير بصير بالتجارة فدفع إليهما القراض ليعلمه التجارة أو كان الرجل غير أمين فدفع إليهما المال ليكون العبد عليه عيناً في حفظه لا يجوز ذلك، فإن وقع الأمر على هذا ولم يعثر عليه حتى فات بالعمل ردَّ الرجل في عمله إلى إجارة مثله، وذلك إذا قامت البينة أن عملهما كان على هذا الوجه أو تَقَارًّا بذلك صاحب المال والرجل طلباً للحلال، وأما إذا اختلفا في ذلك فادعى أحدهما الإفصاح بأحد الشرطين وأنكره الآخر فالقولُ قول من ادعى الصحة منهما إلَّا أن يكون مدعى الفساد هو الذي يشبه قولُه بما يعلم من صفة حال العبد والرجل فيكون القول قوله، وأما إن قال السيدُ كانت تلك نيتي ومقصدي وإرادتي، وقال الرجل لم أعلم بذلك من مقصدك، وإرادتك، ولو علمت لَمَا دخلت معك فيه لَوَجب أن ينظر فإن كانت إجارة مثله أكثرَ من حصته من الربح وفاه ذلك، لأنه مقر له به، وإن كانت مثلها أو أقل لم يكن عليه شيء وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: إن خرجت من هذه الدار

وسئل ابن القاسم عن رجل قارض رجلين معاً صفقة واحدة فخرجا إلى بلد فمات أحدُهما فاشترى الآخر بجميع المال، فإن صاحب المال بالخيار إن شاء كان على قراضه، وإن شاء ضَمَّنَهُ لأنه لم يكن له أن يشتري شيئاً إلَّا بإذن صاحبه حين مات شريكه في القراض فلما اشترى كان متعدياً قلت فإن كان اشترى قبل أن يموت ببعض المال أو اشتريا بالمال كله كيف الأمر فيه؟ أو هل لورثة الميت من الميت من الربح شيء فيما اشترى شريك صاحبهم بعد موته أو قبل موته؟ قال إن اشترى بالمال كله قبل موته فهما على قراضهما وقد تم القراض بينهما ويقوم ورثةُ الميت معه في بيع المال

أو يقوموا أميناً يقوم فيه، وإن كانا اشتريا ببعض وبقي بعض فورثة الميت شركاء فيما اشترى قبل موت صاحبهم يقومون معه، وما اشترى بعد موت صاحبه فهو على ما فسرت لك، صاحبه بالخيار إن شاء كان على قراضه فيما اشترى بعد موت صاحبه، وإن شاء ضمنه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة على معنى ما في المدونة وغيرها، وقولُه إذا اشتريا بالمال كله قبل موته إنّ القراض قد تم بينهما معْناه قد لزم، إذ لا يتم القراض إلَّا بنضوض المال، وقوله ويقوم ورثة الميت معه في بيع المال. معناه إن كانوا أمناءَ وهم محمولون على غير الأمانة حتى يعلم أنهم أمناء بخلاف ورثة المساقَي إذا مات قبل تمام عمل المساقي وهم محمولون على الأمانة حتى يعلم أنهم غير أمناء، فإن لم يكن ورثة الميت من المُقَارَضَيْنِ في مسألتا أمناء ولا أتوا بأمين انسَلَخُوا من القراض، ولم يكن لهم فيما تقدم من عمل موروثهم فيه شيء. وإن كان في المال ربحٌ لم يكن لهم فيه حق، قاله في المدونة وغيرها وهو صحيح، لأنهم قد مُكِّنُوا من الوصول إلى حقّ موروثهم فيما عمل لِيلاً يخسروه فتركوه، لأنهم نُزِلُوا بمنزلته في ذلك ولم يَنْزِلُوا بمنزلته في إلزامهم العمل في ماله إلى أن ينض المال، لأن العمل إنما كان متعيناً في عينه لا في ذمته، وفارق في ذلك حكم الأجير يُسْتَأْجَرُ على عمل الشيء فيموت قبل تمامه أنه ليس للورثة أن يكملوا العمل ويستحقوا الأجرة من أجل أنه يجب له حقه فيما مضى من عمله. وهذا كله ما لا خلاف فيه.

وقد ذهب اللخمي في التبصرة له إلى أنه إن كان في المال ربح يوم مات المقارَض فترك الورثةُ العملَ فيه لم يبطل حقهم فيما عمل موروثهم، على قولهم في الذي يجعل له الجعل على حفر البير فيترك العمل باختياره قبل أن يتم حفرها إن الجاعلَ إن استأجر على تمام حفر البير أو جَاعَلَ أحداً على ذلك كان للأول بقدر ما انتفع به من عمله على الاختلاف فيما يكون له من ذلك إنْ كانت قيمةُ عمله يوم عمله، أو يوم انتفع به صاحب البير، أو قدر ما انحط عنه من الجعل عليها أو الاستيجار بسبب ما تقدم فيها من عمله. قال لأنه إذا لم يبطل حقّ المجعول له فيها بتركه العمل باختياره فأحرى ألا يبطل حقّ المقارَض فيما عمل بموته، لأن من حِيلَ بينه وبين التمام أعْذَرُ في ألا يبطل عمله. وليس ذلك بصحيح. والفرق بين المسألتين بَيِّنٌ وهو أن القراض يلزم المتقارضين بعمل العامل فإذا اشترى بالمال لزمه البيع والتقاضي، وإذا لزمه ذلك كان من حقّ صاحب المال أن يقول له إما أن تبيع وتقتضي. وأما أن تنسلخ من القراض

وتترك حقك فيما عملت!، والمجعول له على حفر البير لا يلزمه بالشروع في حفرها تمامُها إذ من حكم الجُعل ألا يلزم المجعولَ له التمادي على العمل، وإذا لم يلزمه ذلك كان من حقه أن يترك تمام حفرها ويكون على حقه فيما حفر منها إن انتفع بذلك صاحبها، ولو مات المجعول له قبل تمام حفر البير نزل ورثته بمنزلته وكان من حقهم أن يتموا حفرها ويستوجبوا الجعل أو يتركوا حفرها ويكونوا على حقهم فيما حفر موروثهم منها أن انتفع بذلك صاحبُها، فليس حكمُ الجعل حكمَ القراض، بل لكل واحد منهما حكم على حياله، لأن القراض لا يلزم المتقارضين بالعقد ويلزمهما جميعا بالعمل والجعل لا يلزم المجعول له بحال.

واختلف في الجاعل فقيل إنه يلزمه بالعقد. وقيل لا يلزمه إلَّا بشروع المجعول له في العمل، والجُعل لا يكون ألَّا معلوماً، بخلاف القراض الذي إنما يعمل فيه المقارَض على أجر غير معلوم، وهو الجزء الذي يشترطه من الربح وإنما يستويان في أن المقارَض لا يجب له الربح إلَّا بعد تمام العمل بتنضِيض المال كما أن الجعل لا يجب للمجعول له إلَّا بتمام العمل، فلا يصح قياسُ أحدهما على الآخر في جميع الوجوه وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال ابن القاسم ولو أن رجلاً قارض رجلاً بمائة دينار فاشترى سلعة بمائة دينار فَلَمْ يكن معه المائة الدينار فاستسلف مائة دينار من صاحب المائة أو من رجل أجنبي على أن يَقضيه المائة التي في البيت التي أخذ قِراضاً فباع تلك السلعة قبل أن يقضي صاحبَ المائة مائته بربح واشترى بعد ذلك بالمائة التي في البيت سلعة فباعها بنقصان وباع السلعة التي اشترى بالمائة السلف بربح هل يُجبر نقصانُ هذه بربح هذه؟ قال: إذا كان اشتراؤه إياها على المائه القراض فالربح بينهما على ما تقارضاً ونقصانُ المائة القراض يُجْبَرُ بربح المائة السلف.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله، ولو اشترى السلعة الثانية بالمائة التي في البيت قبل بيع السلعة الأولى لكان نقصان الثانية منه إن بيعت بنقصان، لأنه متعد إذَا اشترى بها، ومسلفُ المائة أحق بها، بخلاف ما لو اشترى السلعة الثانية بعد أن باع الأولى لأن في يديه مائتين مائة القراض يؤديها في ثمن هذه السلعة ومائة أخذها في السلعة الأولى يؤديها في السلف. وقد مضى هذا المعنى في رسم القبلة من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

ومن كتاب أسلم وله بنون صغار

وسئل ابنُ القاسم عن رجل دفع إلى رجل مائة دينار وجعل الآخر خمسين على أن يشخص صاحب الخمسين ويكون الفضل بينهما على النصف، فضرب بالمال ثم قدم، فلما قدم سأله صاحب المائة عن ماله فقال لم تَعطني شيئاً، فَجَحَدَهُ حينا ثم قال بعد ذلك: تلف مني. قال ابنُ القاسم: دفع ناسٌ من أهل المدينة إلى رجل كان إلى الجارِ مَالاً يسلفه إلى الجار ويدفعه إلى أقوام سموا له فخرج بالمال ثم رجع إليهم فسألوه عمّا صنع في المال أو قدم الذين سير إليهم المال فاخبروا انه لم يدفع إليهم شيئاً فسألوه عن المال فَجَحَدَهُ وقال لم تبعثوا معي بمال ولم تدفعوا إلي شيئاً، فأقاموا عليه البينة بدفع ذلك إليه فلما شهدت عليه البينة قال ضاع مني فاختصموا عند ذلك. فرأى مالك أن يحلف بالله الذي لا إله إلّا هو أنه ضاع ثم يبرأ ولا شيء عليه. فأرى مسألتك مثلها يحلف صاحبُك بالله الذي لا إله إلّا هو أن ضاع ولا شيء عليه، قال عيسى إذا جحد حتى قامت عليه البينة ثم زعم أنه ضاع منه لم يصدق وغرم. وكذلك بلغني عن مالك. وسئل ابنُ القاسم عن رجل دفع إلى رجل مالا قِراضاً فسأله ماله فجحده حيناً ثم زعم بعد ذلك أنه قد قضاه، قال: إنْ لم يأت بالبينة على أنه قضاه غرمه، وليس من ادعى القضاء مثل من زعم أنه ضاع، وفي سماع ابن القاسم عن مالك في كتاب أوله حديثُ طلق بن حبيب قال مالك ما أرى عليه إلّا يمينه بالله ويبْرَأ.

قال محمد بن رشد: تكررت هذه المسألة في مواضع، منها ما في سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات. وما في سماع عيسى من. ووقع الاختلاف فيها هنا مجموعاً، فتحصل فيه ثلاثة أقوال أحدها أنه يصدق مع يمينه بعد الإنكار في دعواه الرد والضياع. والثاني أنه لا يصدق في ذلك بعد الإنكار. والثالث أنه يصدق في دعواه الضياع ولا يصدق في دعواه الرد، ومن هذا الأصل من ملّك امرأتَه بكلام يقتضي التمليك فقضت بالثلاث فأنكر أن يكون أراد بذلك الطلاقَ ثم قال أردت واحدة، قيل إنه لا يصدق أنه أراد واحدة بعد أن زعم أنه لم يرد بذلك الطلاق وقيل يصدق في ذلك مع يمينه، والقولان في رسم كتب عليه ذكر حقّ من سماع ابن القاسِم من كتاب التخيير والتمليك. ومن هذا الأصل أيضاً أن يدعي على الرجل دعوى فينكرها فلما قامت عليه البينة جاء بالمخرج منها من بينة على البراءة أو دعوى لو جاء بها قبل الإنكار لَقُبِلت منه وما أشبه ذلك. فقيل إن ذلك لا يقبل منه لأنه قد كذبه أولا بجحوده. وقيل إنها

تقبل منه، وقيل إنها لا تُقبل منه إلَّا في اللعان إذا ادعى رؤية بعد إنكاره القذف وأراد أن يلاعن وما أشبه اللعان من الحدود، وهو قوله محمد بن المواز. وقيل إن ذلك لا يقبل منه إلَّا في الحدود والأصول ولا يقبل منه في الحقوق، وهو قول ابن كنانة وابن القاسم في المدونة. فيتحصل في ذلك أربعة أقوال بالتفرقة بين الحدود وما سواها في ذلك وبين الحدود والأصول وما سواهما وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: جاع فباع امرأته

وسألته عن الضارب في المال يستسلف من المال فيبتاع الجارية فيطأها فتحمل، أو تعدى على جارية قد اشتراها من مال القراض فيطأها فتحمل هل هذان الوجهان عندك سواء. قال أما في الاستسلاف فقد علمت قولَ مالك، وأرى أن يؤخذ منه ما اشتراها به من مال القراض إن كان ملياً، وإن كان معدماً اتبع به ديناً، وأما إذا عدا عليها بعد أن اشتراها فإني لا أراه مثلَه، وأرى أن تباع إذا لم يكن له مال. قال عيسى ويتبع بقيمة الولد ديناً إلَّا أن يكون في القراض فضل فيكون بمنزلة من وطئ جارية بينه وبين آخر لان له في الجارية شركاً بفضله فإن كان ملياً قومت عليه، وإن كان معدماً خير ربّ المال فإن شاء أخذ من الجارية قدر نصيبه منها واتبعه بما يصيبه من قيمة الولد، وليس له فيما نقصها الحمل والوطئ قليل ولا كثير، وإن أَبَى بِيعَ له نصيبه منها فإن نقص ما بيع به نصيبه منها من قيمة ذلك النصيب يوم وطئها اتبعه بذلك النقصان وبنصيبه من قيمة ولدها ديناً عليه. قال ابن القاسم وإذا كره جميعَ هذا وَضَمّنَه قيمة نصيبه منها فليس له من قيمة ولدها ولا ما نقصها الوطء قليلٌ ولا كثير.

قال محمد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة في رسم لا قسامة في العبيد من سماع ابن القاسم، وتكلمنا هناك على توجيه الاختلاف الحاصل في هذه المسألة بين مالك وابن القاسم في وجوب بيع الجارية إذا وطئها المقارَض فحملت ولا مال له فلا وجه لإعادته. ولا اختلاف بينهم إذا عدا عليها بعد أن اشتراها للقراض فوطئها فحملت ولا مال له في أنها تباع كما قال ابنُ القاسم، يريد أنها تباع فيما لزمه من قيمتها يوم حملت أو يوم وطئها على الاختلاف في ذلك. إذْ قد قيل إنّ القيمة في ذلك يوم الوطْء. وقيل يوم الحمل. وقيل ربها مخير بين أن يقومها عليه يوم الوطْء أو يوم الحمل. وهذا الاختلاف مبني على الاختلاف في وجوب تقويمها عليه إذا وطئها فلم تحمل، فإن نقص ثمنها الذي بيعت به من قيمتها يوم حملت أو يوم وطئها على

الاختلاف الذي ذكرناه في ذلك اتبعه بما نقص يومئذ. وقول عيسى بن دينار إنه يتبع مع ذلك بقيمة الولد ديْناً هو على القول بأنها تباع عليه في قيمتها يوم الحمل. وفي ذلك اختلاف. قيل إنه لا يتبع بقيمة الولد. وأما على القول بأنها تباع عليه في قيمتها يوم الوطء. فلا خلاف في أنه لا يتبع بقيمة الولد لأن الولد إنما حدث في الوطء الذي حملت به بعد وجوب القيمة عليه في الوطء الأول. هذا إذا تحققنا أن الحمل من الوطء الثاني. وهذا كله إذا لم يكن في الجارية فضل على رأس المال. وأما إن كان فيها فضل. فقول سحنون المتقدم في سماع ابن القاسم إنه يباع منها لرب المال بقدر رأس ماله وحصته من الربح ويكون ما تبقى منها بحساب أم ولد للمقارَض.

وذهب عيسى بن دينار إلى أن الحكم في ذلك حكمُ الأمة بين الشريكين يطؤها أحدهما فتحمل ولا مال له. وفي ذلك اختلاف كثير. يتحصل فيه ثمانية أقوال. أحدها أنها تقوم عليه يوم حملت ويتبع بالقيمة دينا وتكون له أم ولد ولا يتبع بقيمة الولد. والثاني أنها تقوم عليه أيضاً يوم حملت ويتبع بالقيمة ديناً وتكون له أم ولد ويتبع أيضاً بقيمة الولد. والثالث انه يباع عليه نصيب الشريك فيما لزمه من قيمتها فإن نقص ذلك عما لزمه من نصف قيمتها اتبعه بما نقص من ذلك وبنصف قيمة ولدها إن كانت بينهما بنصفين. والرابع مثل الثالث في البيع إلَّا أنه لا يتبعه بشيء من قيمة الولد. والخامس أنه مخير بين أن يتمسك بنصيبه ويتبعه بنصف قيمة الولد وبين أن يقومها عليه ويتبعه بنصف قيمتها ديناً عليه مع نصف قيمة الولد. والسادس أنه يخير أيضاً بين أن يتمسك بنصيبه ويتبعه بنصف قيمة الولد وبين أن يقومها عليه فيبيعه بنصف قيمتها ديناً عليه ولا شيء له عليه من قيمة الولد. والسابع أنه مخير بين أن يتمسك بحظه منها ويبيعه بنصف قيمة الولد وبين أن يباع عليه حظه منها فيما لزمه من نصف قيمتها، فإن نقص ما بيع به عمّا لزمه من نصف قيمتها يوم وطئها اتبعه بما نقص من ذلك وبنصف قيمة الولد، وهو قول عيسى بن دينار في هذه الرواية والثامن مثل القول السابع غير أنه لا يتبعه بنصف قيمه الولد، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية. وقولُ عيسى بن دينار إنه إن اختار أن يأخذ من الجارية قدر نصيبه فليس له مما نقصها الحمل والوطء قليل ولا كثير، هو مذهب أشهب وقول ابن القاسم في كتاب الحدود في القذف من المدونة خلافُ المشهور من مذهبه في أن من جَنَى على رجل في ثوبه جناية كثيرة فهو مخير بين أن يضمنه قيمته وبين أن يأخذه وما نقصته الجارية. وأما قول ابن القاسم إنه إذا ضَمّنَة قيمةَ نصيبه فليس له مما نقصها الوطء قليلٌ ولا كثير فلا يستقيم، وهو كلام وقع على غير

تحصيل، إذ لا يصح أن يضمنه قيمةَ نصيبه معيباً بعيب الوطء، وإنما يضمنه إياه سالماً منه، وإنما ضمنه إياه سالماً منه فقد حصل على ما نقصها الوطء. وهذا بين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

ومن كتاب أوله: إن أمكنتني

قال عيسى: وكتب إليه يسأل عن رجل دفع إلى رجلين ما لا يعملان به جميعاً فمات أحدهما وأَقَرّ دافعُ المال أنّ الحي منهما قد دفع إليه شطر ذلك القراض هل يلزم ذلك الحي شيء مما على الميت إنْ كان الميتُ لم يَدّعِ وفاء أو يلزم الميت إن كان الحي مفلساً في ماله شيءٌ مما على الحي؟ فقال ابن القاسم أرى كل واحد منهما ضامناً لما على صاحبه إلّا أن يكونا ادعيا هلاكها أو يدعيه أحدُهما فيحلف على ذلك، وإن لم يدعيا هلاكاً فإنما هو تفويض من أحدهما إلى صاحبه فهو ضامن إلّا أن يكونا لم يفرطا فلا ضمان عليهما، وإنما يلزمهما الضمان فيما فوض أحدهما إلى صاحبه فأسلمه إليه وتركه يعمل فيه.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأنه إذا دفع إليهما المال يعملان به جميعاً فهما شريكان في العمل به وكل واحد منهما مطلوب بجميعه لأنه حميل عن صاحبه بما يلزمه من أداء نصفه، فما دفعه أحدُهما من المال إلى صاحبه فهو مُتَأد عنهما، وما بقي من المال فهو عليهما حتى يبرءَا منه أو يدعيان فيه هلاكاً فيصدق من ادعاه منهما مع يمينه وإن سلمه أحدهما إلى صاحبه لينفرد بِالْعَمَلِ به دونه فهو ضامن له، وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت أرأيت المُقَارَضين يقتسمان المال فيتلف من أحدهما ويؤدي الآخر هل يلزم الذي أدَّى غرم ما لم يؤد صاحبه أو لا ضمان عليه فيما تلف بيد صاحبه؟ وهل يكونان متعديين حين اقتسما المال؟ وما الأمر فيه؟ قال: نعم يلزم الذي أدى ما تلف من صاحبه.

قال محمد بن رشد: أوجب ابنُ القاسم على المقارَضين ضمان المال إذا اقتسماه، وهو قولُ ابن الماجشون في الوصيين يضمن كل واحد منهما على مذهبهما ما بيده وما بيد صاحبه إن تلف شيءٌ من ذلك يضمن ما تلف بيده لرضاه برفع يد صاحبه عنه، ويضمن ما بيد صاحبه بتسليمه إليه، وكذلك المودَعان والمستبضعان. ووجه ذلك أنه

حمل الأمر على أن ربّ المال أراد أن يكون المال عند أحدهما برضى الآخر إذ لا يمكن أن يكون جميع المال عند كل واحد منهما فوجب إذا اقتسماه أن يضمناه وإن سلماه إلى أحدهما لم يضمناه. ولسحنون في نوازله بعد هذا في الوديعة والقراض أنهما إن اقتسماهما لم يضمناهما وكذلك البضاعة على مذهبه. إذ لا فرق في ذلك بين القراض والوديعة والبضاعة وهو قول أشهب وابن عبد الحكم في الوصيين.

ووجه ذلك أن ربّ المال لما رضي أن يكون المال عند كل واحد منهما برضى الآخر فقد رضي أن يكون نصفه عند كل واحد منهما. وقولُ ابن القاسم أظهرُ لأنهما إذا اقتسماه على سبيل التشاح فلما ترك كل واحد منهما نصفَ المال لصاحبه بما ترك له صاحبه من نصفه الآخر فاتهما على أنهما فعلا ذلك لأنفسهما لا نظراً لصاحب المال فوجب أن يضمنا.

والحكمُ في ذلك إذا تشاحا واختلفا عند من يكون منهما فأراد كل واحد منهما أن يكون عنده أو أراد كل واحد منهما أن يكون عند صاحبه أن يُتَّبع قولُ صاحب المال في ذلك على ما قال في أول رسم من سماع أصبغ بعد هذا وذلك ما لم يقبض المال بعدُ، فإن كان قد قبض أقرّ بيد الذي دفعه صاحبُه إليه منهما. قال في رواية أصبغ المذكورة فإن كان دفعه إليهما جميعاً فجميعاً وذلك يكون مثلَ أن يأتي بالمال إليهما وهو في المسجد أو في غير منزل أحدهما فيضعه بين أيديهما ويقول لهما هذا المال وديعة عندكما، أو قراض بأيديكما أو بضاعة عندكما ويذهب عنهما. فيختلفان عند من يكون منهما، وليس في قوله فإن كان دفع إليهما جميعاً فجميعا بيان في وجه الحكم في ذلك، إذ لا يمكن أن يكون المال كله عندهما جميعاً فهو كلام فيه إشكال. يحتمل أن يريد به أنه لَا مَزِيَّةَ لواحد منهما على صاحبه فيه فيجعله الإمام عند من رأى منهما، ويحتمل أن يريد وهو الأظهر أن الإمام يقسمه منهما على ما روى علي بن زياد عن مالك في الوصيين يتشاحان في المال أنه يقسم بينهما وليس قول ابن القاسم هذا على هذا التأويل. ولا رواية علي بن زياد عن مالك بِمُخَالَفة لما اتفقت عليه الروايات من أنه ليس لهما أن يقتسما المال بينهما. فتحصيل هذا أنهم اتفقوا على أنه لا يجوز لهما أن يقتسما المال بينهما. واختلفوا إن اقتسماه هل يضمناه أم لا؟ واختلفوا أيضاً إذا تشاحا عند من يكون منهما ورب المال غائب أو ميت ولم يدفعه إلى أحدهما ولا قبضه واحد منهما بعدُ، أو قبضه دون إذن صاحبه ودفعه إليهما جميعاً فلم يَبِنْ به واحد منهما بعد أن بان به دون صاحبه. فقيل أنه يقسم بينهما. وهو قول مالك في رواية علي بن زياد

عنه. وظاهرُ ما في سماع أصبغ على الأظهر من التأويلين. وقيل إنه يدفع إلى الأعدل منهما وهو قول مالك في كتاب الوديعة من المدونة في الوصيين ويحتمل ألَّا يكونَ ذلك اختلافاً من القول، وأن يكون الوجه فيه أن الإمام يقسمه بينهما على ما روى علي بن زياد عن مالك إنْ كان ذلك عنده وجه النظر فيه ويجعله عند أعدلهما على ما في المدونة: إن كان ذلك عنده هو وجه النظر فيه وقد كان من أدركنا من الشيوخ يذهب إلى أَن لهما ها هنا أن يقتسماه بينهما ابتداء على رواية علي بن زيادَ عن مالك، وذلك لا يصح، لأن الإمام يفعل من ذلك مَا يَرَاه وجهَ النظر ولا تهمة عليه فيه، وهما فيما اقتسما إياه متهمان على ما ذكرناه، وأما إن كان صاحبُ المال حاضراً فيتبع. قوله فيمن يحب أن يكون عنده منهما. وكذلك إن كان قد دفعه إلى أحدهما فهو أحق أن يكون عنده، وكذلك إذا كان قد قبضه أحدهما بإذن صاحبه كان أحق أن يكون عنده. وَشَبَّهَ في المدونة المُودعين والمستبضعين بالوصيين في أن المال يجعل عند أعدلهما. وذلك صحيح على ما بيناه من أن الودعين إذا اختلفا فيمن يكون المال عنده منهما وصاحبه غائب ولم يدفعه إلى أحدهما أنهما كالوصيين في أنه يجعل عند أعدلهما أو يقسم بينهما على قول مالك في رواية علي بن زياد عنه. وقال سحنون لا يشبه المُودعان الوصيين لأن المال لا ينزع من المودع ويجعل عند الأعدل كما ينزع من الوصي ويجعل عند الأعدل. وليس قولُه بصحيح، لأن المال إذا صار عند أحد المودعين بغير علم صاحب المال ولا إذن شريكه فَدَعَى شريكهُ إلى أن يكون عندهُ المال وصاحبُه غائب وجب أن ينظر الإمام في ذلك، فإن كان شريكهُ أعدلَ منه أخرجه من يده ووضعه عند الأعدل كما يفعل في الوَصِيين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

ومن كتاب القطعان

وسئل ابنُ القاسم عن العامل بالقراض إذا قدم بالسلعة التي اشترى فعرضها فأُعطى بها عطاءً فأراد العامل أن يشتريها بمثل رأس مال. قال لا بأس أن يشتريها بنقد وإن تأخر النقد فلا خير فيه إلَّا أن يشتريها بمثل رأس مال القراض وبوضيعة منه فأرجو أن يكون خفيفاً قال وإن أرَاد صاحب المال شراءَها بنقد أو إلى أجل فلا بأس به.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في أول سماع ابن القاسم فلا معنى لِإعادته.

مسألة:

وسُئِلَ ابنُ القاسم عن الرجل يدفع إليه الرجلان المالَ قِراضاً فيقولان له أَخْلِطْ مَالَيْنَا ولك ثلثُ ربحه كله ولكل واحد منا الثلث.. قال لا خير في هذا الشرط إلّا أن يشتري هو سلعة فَيُخَلِّطُ المال من قبل نفسه بغير شرط فلا بأس به.

قال محمد بن رشد. وهذا كما قال إنه لا فرق بين أن يأخذ منهما القراض على أن يخلط ماليهما وبين أن يأخذه من أحدهما على أن يخلطه بماله لما يدخله من اغْتِزَارِ الزيادة في الربح بكثرة المال. وقد اختلف إذا وقع ذلك فقيل إنه يرد إلى قراض مثله، وهو قول ابن حبيب والظاهرُ من قول مالك في المدونة أن ذلك لا يجوز أنه يُرَد إلى إجارة مثله، وهو قول سحنون نَصًّا أنه يُرد إلى إجارة مثله. وقيل إنه إنْ وقع مضى على سنته ولم يفسخ، وهو قول أصبغ، وأشهب يخفف ذلك ولا يرى به بأساً حتى يكون ذلك شرطاً تعمداه لا استغزاراً لربح، مثل أن يشترط عليه أن يضمه وهو يسير إلى مال له كثير، وحكاه ابنُ حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ، وقال إنه إذا وقع يقسم الربح على المالين، فتكون حصة مال العامل له، وحصة مال القِراض بينهما على قراض مثلهما من غير شرط. وروى أصبغُ عن ابن القاسم أنه لا خير في أن يأخذ مالاً قِراضاً على أن يخلطه بماله، ولا على أنه إن شاء أن يخلطه بماله خلطه وإن شاء أن يفرده أفرده. وقاله أصبغ، وقال ليس بحرام وهو ذرية للزيادة والأول أقرّ وهو واحد، وإن وقع لم أَرَ أن يفسخ ومضى على سنته وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِلَ مالك عن المقارِضَين بالمال يزعم أنه قد ربح خمسين ديناراً ولا يدري من أي المالين الربح، نسي ذلك، فقال لا شيء له من الخمسين وتكون لصاحبي المال لكل واحد منهما خمسة وعشرون ديناراً.

قال محمد بن رشد: هذا خلاف ما في رسم يوصى من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح في الوديعة يقرّ بها الرجلُ للرجلين ويقول لا أدري لمن هي منهما أنهما يحلفان جميعا ويقتسمانها بينهما، بخلاف إذا قال على مائة دينار دينٌ لا أدري هل هي لفلان أو لفلان فادّعاهَا الرجلان جميعاً أنهما يحلفان ويغرم لكل واحد منهما مائة مائة، لأن الدين في ذمته والوديعة في أمانته، وكذلك ربح القراض في أمانته يلزم فيه على ما في كتاب الدعوى والصلح في الوديعة أن تكون الخمسة وعشرون من الخمسين له والخمسة والعشرون الأخرى لصاحبي المالين يقتسمانها بينهما بنصفين

بعد أيمانهما إن ادعى كل واحد منهما أن الربح كان من ماله أو بغير يمين إن قال كل واحد منهما لا أدري ولم يدع على صاحبه أنه يدري، وإن ادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يعلم أنها ليست من ماله حلف كل واحد منهما أنه لا يعلم أنها من مال صاحبه فاقتسماها بينهما بنصفين إلَّا أن يسلمها أحدُهما لصاحبه. ولو قال أحدهما هي من مالي وقال الآخر لا أدري. قيل للذي قال لا أدري أحلف أنك ما تدري، فإن حلف على ذلك حلف الآخر أنها من ماله وأخذها، وإن نكل الذي قال لا أدري عن اليمين أخذها الذي قال إنها من ماله دون يمين، وإن نكلا جميعاً عن اليمين اقتسماها بينهما إلَّا أن يسلمها أحدهما لصاحبه وقد روى عيسى عن ابن القاسم في رسم يدير ماله من كتاب المديان والتفليس في الدين أنه ليس عليه أكثر من المائة التي أقرّ بها، ويقتسمُها الرجلان بينهما بعد أيمانهما فإن حلفا أو نكلا كانت بينهما بنصفين، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر عن اليمين كانت للحالف منهما.

فيتحصل في المسألة ثلاثةُ أقوال أحدها أنه يلزمه من الغرم لكل واحد منهما ما أقرّ به في الوديعة والدين، وهو الذي يأتي على قوله في مسألة القراض هذه، لأنه إذا أوجب ذلك عليه فيما في أمانته فأحرى أن يوجب ذلك عليه فيما في ذمته. والقول الثاني أنه لا يلزمه إلا مائة واحدة في الوديعة، والدَّيْنُ يكون بينهما بعد أيْمانهما. وهو الذي يأتي على ما في رسم يدير من سماع عيسى من كتاب المديان والتفليس، لأنه إذا لم يلزمه في الدين الذي هو في ذمته إلَّا ما أقرّ به فأحرى ألَّا يجب ذلك عليه فيما في أمانته. والقول الثالث الفرق بين الذمة والأمانة. وهو قول ابن القاسم في سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح على ما ذكرناه والله الموفق.

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم من كتاب المكاتب

قال يحيى: وسألت ابنَ القاسم عن رجل أخذ من رجل مالا قِراضاً فاشترى به عبداً فكاتبه وأجاز ذلك صاحبُ المال. قال: الكتابة إذا أجازها صاحبُ المال جائزة قلتُ أرأيت إن أدى المكاتبُ ما عليه فكان ذلك قدرَ أصل المال لمن يكون ولاؤه؟ قال لصاحب المال خالصاً دون العامل. قلت فإن كان فيما كوتب به فضلٌ عن أصل المال؟ قال: يقتسمان الربحَ على شرطهما ويكون الولاءُ بينهما على قدر المال. قلت أَنِصفين مثل الربح. قال: بل يُنظر إلى قدر حصة العامل من الربح ما هي من جميع الربح ورأس المال فإن كان سدساً أو خمساً أو سبعاً أو نحو ذلك أي جزء كان حظ العامل من

الربح من جميع رأس المال فكان شريكاً بمثله في ولاء المكاتب.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إن المقارَض ليس له أن يكاتب عبداً من مال القراض إلَّا بإذن ربّ المال لأن الكتابة ليست من التجارة التي أعطاه ماله بسببها. يُبَيِّنُ ذلك قولُهُ في كتاب المكاتب من المدونة المَأذُونُ له في التجارة لا يجوز له أن يكاتب عبده لأنه لا يجوز له أن يعتقه فإن كاتَبَ المقارَضُ عبداً من مالِ القِراض كان لرب المال أن يفسخ كتابته وإن لم يعلم بذلك حتى أدى جميع كتابته ويكون ما قبض منه كالغلة قاله في كتاب ابن المواز. وقال أحمد بن ميسر إلَّا أن يكون إنما أدى عنه أجنبي فأعتقه العامل فينفد عتقه إن كان لم يُحَابِ الأجْنَبِي في ذلك، ولو علم ربّ المال بذلك فسكت ولم ينكر للزمه. وقوله في الولاء إنه يكون للمقارض منه إذا أجاز ربّ المال كتابته بقدر ربحه من جملة المال والربح إن كان فيه ربح صحيحُ لأنه شريك فيه بقدر ربحه فيكون بمنزلة العبد بين الشريكين يُكَاتِبَانِهِ جميعاً وبالله التوفيق.

مسألة:

سألته عن الرجل يقارض الرجل، بتبر الذهب والفضة، فقال: أكره ذلك في البلد الذي لا يُدَار فيه إلَّا الدنانير والدراهم المضروبة، فإن وقع أجزته ولم أرَهُ كالقراض بالعروض، ولا أرى به بأساً في البلد الذي يدار فيه الذهب والفضة تبراً إذا كانوا يشترون بها ويبيعون، قلت أرأيت إن أخذها ببلد لا يدار فيه، فاستضرب الفضة دراهم فنقصت ماذا يرد على صاحبها عند التفاصل؟ فقال يرد مثلَ الذي أخذ وزنَهَا وطِيبَها ثم يقتسمان ما بقي.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلامُ عليها مستوفى في رسم مساجد القبائل من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

من سماع عبد الملك بن الحسن من ابن وهب

قال عبد الملك بن الحسن: سئل ابنُ وهب وأنا أسمع عن المسلم هل يقارض النصراني؟ فقال: لا بأس به.

قال محمد بن رشد: معنى ما ذهب إليه ابن وهب في إجارته ذلك والله أعلم هو إذا كان إنما يتجر في البَز ونحوه ويبيع بالنقد فيتحقق سلامته من الربا، وأما إذا خشي أن يعمل بالربا فلا يجوز له أن يقارضه، هذا مَذْهب مالك وجميع أصحابه. فقد قال في المدونة: إنه لا ينبغي للرجل أن يقارض من يستحل شيئاً من الحرام في البيع والشراء

وإن كان مسلماً، ولا من لَا يعرف الحلال والحرام وقال ابنُ المواز إنه إن قارض النصراني فَرَبح فُسِخ القراض ورُدّ إلى المسلم رأس ماله، وهذا عندي إذا قارضه على علم منه أنه يعمل بالربا. وأما إن قارضه وهو يرى أنه لا يعمل بالربا ثم خشي أن يكون قد عمل به تصدق بالربح استحساناً وإن تحقق ذلك تصدق إيجاباً، ولو خشي أن يكون قد اشترى به خمراً أو خنازير لابْتُغِيَ له أن يتصدق بجميع المال استحساناً. ولو تحقق ذلك لوجب عليه أن يتصدق به. وقد قيل إنه إذا اشترى به خمراً أو خنازير لزمه ضمانُهُ لأنه قد دخل مع المسلم على ألا يتجر بماله إلَّا فيما يجوز للمسلمين ملكه. وذلك يتخرج على الخلاف في منع الرجل امرأته النصرانية من شرب الخمر والذهاب إلى كنيستها ففي المدونة أنه ليس له أن يمنعها من ذلك. فعلى قياس ذلك ليس له أن يمنعه من التجر فيما يستبيحه في دينه.

وقد قيل: إن له أن يمنعه من ذلك لأنها قد دخلت معه على حكمه. فعلى قياس ذلك ليس له أن يشتري بماله إلا ما يجوز للمسلمين ملكه، فإن فعل ذلك لزمه ضمانُهُ، وأما مساقاة المسلم النصراني فهي جائزة إذا كان لا يعصر خمراً فإن قاسمه فأراد أن يعمل خمراً لم يُمْنَع ولكن لا يعود المسلم إلى معاملته.

وأما أخذُ المسلم من النصراني كرمه مساقاة أو ماله قِراضاً فأجِيزَ وَكُرِهَ، كرهه مالك في المدونة وأجازه في رواية ابن نافع عنه في المدنية. فقال لا بأس به، والكراهيةُ فيه أبين وأصح، فإن وقع لم يفسخ.

وأما إذا آجَرَهُ نفسَه على عمل يكون فيه عنده وتحت ملكه فلا يجوز ويفسخ، فإن فات بالعمل مضى واستوجب جميع أجره إلَّا أن يكون عمله في عصر خمر وحَرْزِ خنازير فلا يمكن من الأجر ويتصدق به على المساكين. وأما إن عمل له عملاً في داره أو حانوته كالصانع يخيط له ثوباً وما أشبه ذلك فهو له جائز. فعلى هذه الوجوه الأربعة تكون إجارةُ المسلم نفسَه من النصراني. وجه جائز، ووجه مكروه. ووجه غير جائز، ووجه حرام، وبالله التوفيق.

من سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم

قال سحنون وسألت ابن القاسم عن الرجل يدفع إلى الرجل مائة دينار يعمل بها قِراضاً فعمل بها عشرةَ أشهر، ثم ابْتَاع ربّ المال من بعض السلع التي في يديه بمائة دينار فأخذ ذلك ربّ المال وبقيت سِلَع فأقروها فيما بينهم لأنها ربح فباعوها بعد

شهرين أو ثلاثة بعشرين ديناراً أو بثلاثين ديناراً لرب المال النصف، قال: لا زكاة على العامل حتى تُباع السلعة بمال يكون لرب المال منه ما تجب فيه الزكاة مثل أن يباع بأربعين أو خمسين. قلت: لِمَ؟ قال لأنه كان المعاملة إنما كانت في هذه السلعة. فأما ما أخذ من رأس المال قبل ذلك فكأنه لم يكن. وكذلك لو أخذ بعضَ المال وترك بعضَه كان مثلَ هذا. قلت فإن كانت المعاملة على أن للعامل الثلثين ولرب المال الثلث فباعا السلعة التي بقيت بعد أخذ ربّ المال رأس ماله بشهرين أو ثلاثة تمام السنة؟ قال: لا زكاة على العامل حتى يكون في حظ ربّ المال ما تجب فيه الزكاة. وإنما هو بمنزلة من دفع إلى رجل ديناراً على أن يعمل به قِراضاً على أن للعامل الثلثين ولرب المال الثلث وربحوا حتى صارت إثنين وثلاثين ديناراً على أن يعمل به قراضاً، فلرب المال رأس ماله دينار وثلثُ الأحَدِ وثلاثين ديناراً، وليس على العامل زكاة وإن كان له ما تجب فيه الزكاة، وإنما يكون على العامل الزكاة في ربحه إذا كان في رأس مال ربّ المال الذي يعمل به العامل وربحه ما تجب فيه الزكاة.

قلت لابن القاسم: فإن دفع رجل إلى رجل عشرة دنانير يعمل بها وله في بيته مائة دينار فيعمل العامل فباعوا بعد الحول بخمسة وعشرين ديناراً والمائة الدينار التي لرب المال هي عنده كما هي، هل يكون على ربّ المال وعلى العامل زكاة لأن المال الذي عمل به العامل مِنْ أصْلِ ما تجب فيه الزكاة. قال: لا ليس ذلك على العامل، وإنما يكون على العامل الزكاة في ربحه إذا عمل سنة وفي مالِ ربّ المال الذي يعمل به وربحِهِ ما يجب فيه الزكاة. ولا يلتفت إلى ما في يدي ربّ المال مما لم يدفعه إلى العامل، فيكون على ربّ المال الزكاة في ماله الذي في يديه وفي المال الذي يأخذه من العامل من رأس ماله وربحه، ولا شيء على العامل. قال لي: وكذلك قال مالك في المال يكون عند ربه عشرة أشهر وهي مائة دينار، فيدفعها إلى رجل يعمل به شهرين فيربح فيهما ويقاسمه، إن الزكاة على ربّ المال في ماله وربحه ولا يكون على العامل شيء وإن كان في ربحه ما تجب فيه الزكاة حتى يعمل به سنة.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم إن ما أخذ ربّ المال من رأس ماله من العامل قبل أن يحول عليه من يوم دفعه إليه لا يُعتبر فيه في وجوب الزكاة على العامل في حظه من الربح صحيح على أصله الذي لم أعلمه اخْتَلَفَ فيه قولُهُ في أن العامل لا يجب عليه في حظه من الربح زكاة وإن عمل في المال حولاً وكان في حظه منه ما تجب فيه الزكاة إذا لم يكن في رأس مال ربّ المال وربحه ما تجب فيه الزكاة وإن

وجبت على ربّ المال فيه الزكاة بإضافته إلى مال له قد كان بيده لم يدفعه إلى العامل، لأن ما قبض من العامل قبل أن يحول عليه الحول عنده من يوم دفعه إليه فكأنه لم يدفعه إليه وأبْقاه بيده. وسواء على ما نص عليه في هذه الرواية قبض قبل الحول منه جميع رأس ماله أو بعضه إنما ينظر إلى ما يجب إليه مما بقي كان ربحاً خالصاً أو بقية رأس ماله وحصته من الربح، فإن كان ما يجب فيه الزكاة وجبت على العامل في حظه الزكاة، وإن لم يبلغ ذلك ما يجب فيه الزكاة لم يجب على العامل في حظه من الربح زكاة، وقد قال في رواية أصبغ عنه إن الزكاة تجب على العامل في حظه من الربح إذا كان في رأس المال وجميع الربح ما تجب فيه الزكاة. وهو قولُ أشهب وروايتُهُ عن مالك فيما تقدم وقولُ أصبغ في سماعه وقولُ سحنون في كتاب ابنه فعلى هذا إذا قبض قبل أن يحول الحول على ما بيده جميعَ رأس ماله أو بعضه فحصل بعد الحول في جميع الربح أو في جميعه مع ما بقي عنده من رأس المال ما تجب فيه الزكاة وجبت على العامل في حظه الزكاة. والأول هو المشهور من قول ابن القاسم المعلوم من مذهبه في المدونة وغيرها. وَفَرّقَ محمد بن المواز فيما تأول على ابن القاسم بين أن يقبض قبل الحول منه جميع رأس ماله أو بعضه، فقال إذا قبض منه قبل الحول جميع رأس ماله فلا زكاة على العامل في حظه من الربح، وإن صار لرب المال في حظه الذي قبض منه بعد الحول ما تجب فيه الزكاة وأنه أن قبض منه بعض رأس المال قبل الحول وابْقي بيده بعضَه حتى حال عليه الحول فصار له في بقية رأس ماله وحصته ما تجب فيه الزكاة وجبت على العامل الزكاة في حظه، وإن لم يصر له في ذلك ما يجب فيه الزكاة ولا بقي له من المال قبل الحول ما يتم به النصاب لم يجب على العامل في حظه الزكاة لسقوط الزكاة عن ربّ المال، وإن كان قد بقي بيده مما قبض قبل الحول تَتِمّة النصاب زكي ذلك وزكي العاملُ من ربحه ما ينوب منه ما بقي بيده من رأس المال إلى أن حال عليه الحول وهذا تناقض إذ لا فرق في القياس فيما يجب على العامل في حظه من الزكاة بين أن يجب على ربّ المال زكاةُ ما بقي بيده أو ما ينوبه من الربح ببلوغه ما تجب فيه الزكاة أو بإضافته إلى ما قبض منه قبل الحول من رأس ماله. وقولُ ابن القاسم الذي تأول عليه محمد بن المواز هذا التأويل الذي ذكرناه عنه هو قولُه في رواية أبي زيد عنه في سماعه من هذا الكتاب. وقد كان القياس أن يجب على العامل زكاةُ جميع حظه من الربح إذا وجبت على ربّ المال الزكاة فيما قبض بعد الحول من العامل من ربحه أو من بقية رأس ماله وربحه ببلوغ ذلك ما تجب فيه الزكاة

أو بإضافته إلى ما قبض منه قبل الحول من رأس ماله أو إلى مال له سِوَاهُ لم يدفعه إليه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل ابن القاسم عن الرجل يكون عنده الوديعة أو يكون قِبَلَه الدين فيأمره الذي له الدين أو الوديعة أن يعمل بهما قراضاً. فقال أما في الدين فإن الربح للذي عليه الدين، وهو لما نقص ضامِن. وأما في الوديعة فإن مالكاً كان يكرهه، فإن وقع وكان ربح كان بينهما، وإن ادعى انه تَلِف صدق وكان القولُ قولَه.

قال محمد بن رشد: العلة في أن ذلك لا يجوز في الدين بينة، وذلك أنه أنْظَرَهُ بدينه على أن يتجر فيه ويكون له نصف الربح وذلك رباً بَيِّنٌ، فوجب أن يكون الحكمُ فيه ما ذكره. قال في المدونة إلَّا أن يقبض دينه ثم يرده عليه. ويأتي على ما في كتاب الصرف من المدونة في الذي يصرف دنانير بدراهم ثم يريد أن يصرفها منه بدنانير مختلفة لعيونها أن ذلك لا يجوز في المجلس ولا بعد اليوم واليومين والثلاثة حتى يبرأ من التهمة لأنه لا يجوز أن يصرف إليه الدين على القراض إلَّا بعد أيام حتى يَبْرأ مِن التهمة. ويأتي على ما حكى ابنُ حبيب في الواضحة في القراض يضيع بعضُهُ فيعلم بذلك صاحبُهُ فيقول له إعمل بما بقي أن ذلك يكون قراضاً مؤتنفاً أنه يبرأ في هذه المسألة من التهمة بإحضار الدين وإن لم يقبضه منه، ويكون قِراضاً صحيحاً. وقد مضى في رسم القطعان من سَماع عيسى من كتاب الكفالة والحوالة ما فيه بيان لهذه المسألة فقف على ذلك. وقد روى أشهب عنه إن نزل مضى، وهو بعيد جداً.

وأما الوديعة فإنما كره القراض بها مخافة أن يكون قد أنفقها وصارت دَيْناً عليه فإذا وقع القراض بها مضى حتى يعرف أنه حركها على قوله في هذه الرواية. خلافُ ظاهر قوله في المدونة من أن ذلك بمنزلة الدين، ولو أحضراها لجَاز القراض بها. ولم يَرَ محمد بن المواز بذلك بأساً وإن لم يُحضِرَاهَا. وقاله ابن حبيب في الثقة المأمون. فيتحصل في ذلك في الدين قولان أحدهما أن ذلك لا يجوز. وهو الصحيح في النظر. والثاني أن ذلك يكره ابتداء فان وقع مضى. وهو قول أشهب وهو بعيد. إذ لم يَجْرِ في ذلك على أصل، فقال إنه إن نقص ضمن، ولو قال إنه إن نقص لم يضمن لكان وجه قوله أنه صدقة. في إخراج المال من ذمته إلى أمَانَتِه إذ قد أمره بذلك. وهو أصل مختلف فيه في المدونة وغيرها.

وفي الوديعة أربعة أقوال أحدها أن ذلك لا يجوز كالدين وهو ظاهر ما في المدونة

لابن القاسم والثاني أن ذلك يكره فإن وقع مضى ولم يفسخ. والثالث أن ذلك جائز وهو قول ابن المواز. والرابع تفرقة ابن حبيب بين المأمون وغير المأمون. وكذلك إن أحضرها ولم يعرفها بعينها وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال ابنُ القاسم في الرجل يدفع إلى الرجل عشرة دنانير قِراضاً فيشتري سلعة فيبيعها بعد الحول بعشرين دينار أيزكونها مثل المساقاة. قال لا حتى يبيعوها بثمن يكون في يدي صاحب المال من ماله وحصته من الربح ما يجب فيه الزكاة مثل أن يبيعها بثلاثين أو أربعين أو نحو ذلك.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما تقدم من قوله في المسألة التي قبل هذه. وهو المشهور من قوله المعلوم من مذهبه في المدونة وغيرها، خلاف ما في سماع أصبغ عنه وعن أشهب، وخلال ما مضى في سماع أشهب. وخلاف قول سحنون. وخلاف قول أصبغ من رأيه في سماعه وبالله التوفيق.

من مسائل نوازل سُئِلَ عنها سحنون بن سعيد

وسئل سحنون عن رجل دفع إلى رجل مالاً قِراضاً على ما اشترطا عليه من أجزاء الربح، فعمل العامل بالمال ثم أتاه به ثم اختلفا في رأس المال فقال ربّ المال مالي مائتا دينار وهو جميع ما أتى بِهِ العامل. وقال العامل بل رأس المال مائة. فقال القولُ قول العامل في رأس المال لأنه لم يقرّ أنه قبض إلّا مائة دينار: قال فإن كانت لصاحب المال بينة وإلّا فيمين العامل، فإن نَكَلَ العامل عن اليمين إذا لم يكن لرب المال بينة قيل لرب المال احلف وخذ المائتين، فإن نكل عن اليمين لم يكن إلّا ما أقرّ به العامل، فإن أقام المدعي البينة وهو ربّ المال وأقام العامل البينة وتكافأت البينتان في العدالة سقطت البينتان، وكانا كمن لا بينة لهما وكان الجوابُ فيهما كما وصفت لك. قال وإن كانت البينتان مختلفتين في العدالة أُخذ بأعدل البينتين.

قيل: فإن اختلفا في شرط الربح، فقال ربّ المال لي الثلثان. وقال العامل لي الثلثان ولك الثلث، فالقول قول العامل، لأن ذلك عمل يده، وإنما ذلك بمنزلة الصانع فالقولُ قولُهُ في الإجارة إذا أدعى ما يُشبه ورب المال هو المدعى لأن العامل هو البائع لعمل يده وَلمَا أدخل من الصنعة. وقد قال رسول الله إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايعَانِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ فإن أتيا بالبينة فَتَكَافأتا أو لم تتكافآ أو لَمْ يكن لهما بينة كانت الأيمانُ بينهما على

ما وصفتُ لك في صدر الكتاب.

قال محمد بن رشد: قول سحنون إذا اختلف العامل ورب المال في عدد رأس المال إن القولَ قولُ العامل وإن أحضر من المال مثلَ ما يدعي صاحب المال وأدعى أن الزائد على ما يقربه رِبْحٌ صحيحٌ. وقد روى أصبغ مثلَه عن ابن القاسم وأشهب، وهو ظاهر ما في المدونة إذا ادعى ربّ المال أن رأس ماله ألفان. وقال العامل بل هو ألف إن القول قولُ العامل إذ لَمْ يفرق فيها بين أن يكون في المال ربح أو لا يكون، ولو كان ذلك يفترق عنده لبينة والله أعلم.

بخلاف إذا اختلفا في رد رأس المال فقال العامل: قد رددته وهذا الذي معي ربح، وقال ربّ المال لم ترده، وهذا الذي معك هو رأس مالي. والفرق بينهما أن هذا مدع في رد رأس المال فوجب ألَّا يصدق فيه إذا كان في يديه مثلُهُ أو أكثر فادعى أنه كله ربح، فالعامل في هذه المسألة مدع في الربح، إذا لم يثبت ما ادعاه من الرّد، ورب المال في المسألة الأولى مدع في الربح إذا لم يثبت ما ادعاه من عدد رأس المال. وقد حكمت السنة أن البينة على المدعي واليمين على من أنكره.

وأما قولُ سحنون إنه إنْ أقام كل واحد منهما البينة على دعواه وَتَكَافَأَت البينتان أنها تسقط ويكونا كمن لا بينة لهما فقد روى مثلُهُ عن ابن القاسم، والمشهور عنه أن ذلك لا يكون تكاذباً وتهاتراً، ويؤخذ بشهادة من شهد بالأكثر لأنها زادت. والقولان قائمان من المدونة. وفي المسألة قول ثالث. وهو الفرق بين أن تكون الزيادة بزيادة لفظ مثل أن يشهد الشاهدان أنه أقرّ له بعشرين ويقول الآخرانِ بل أقرّ له بخمسة وعشرين أو بغير زيادة لفظ مثل أن يقول الشاهدان أقرّ له بخمسة وعشر، ويقول الآخران: بل أقرّ له بعشرين وهي تفرقة لها حظ من النظر. وقد مضى هذا المعنى في نوازل أصبغ من كتاب التخيير والتمليك. وفي رسم الصبرة من سماع يحيى من كتاب الشهادات وفي نوازل سحنون منه.

وأما قولُ سحنون إذا اختلفا في الربح فادعى كل واحد منهما أن الثلثين له فالقولُ قول العامِلِ لأن ذلك عمل يده بمنزلة الصانع يكون القولُ قولَه في الإجارة إذا ادعى ما يشبه لأنه هو البائع لعمل يده وَلِما أدخل من الصنعة. فإنه قولٌ صحيحٌ من جوابه فَاسِدٌ من اعتلاله، إذ لم يكن القولُ قولَ الصانع فيما يدعي من الأجرة إلَّا إذا أشبه قولُهُ من أجل إنه بائع لعمله ولما ادخله من الصنعة، إذ لو صحت هذه العلةُ لَوَجَبَ أن يكون القولُ قولَ بائع الثوب في ثمنه إذا أشبه قولُهُ. وهذا ما لا يصح، وإنما كان القول قول

الصانع في مبلغ الأجرة من أجل أن الشيء المصنوع كالرهن في يده بما يدعي من الأجرة في عمله، ولو اختلفا في الأجرة بعد دفع الشيء المصنوع إلى ربه لكان القول قول ربّ الثوب إذ لم يبق بيد الصانع ما يشهد له على ما يدعي من الأجرة. وأما العامل في القراض فالقولُ قولُهُ وفيما يقرّ به لصاحب المال إذا أشبه فإن لم يشبه كان القول قول ربّ المال إذا أشبه أيضاً. فإن لم يشبه حلفا جميعاً وكان له قراض مثله، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر وقد أتيا جميعاً بما لا يشبه كان القولُ قولَ الحالف منهما على ما ادعاه وإن لم يشبه لان صاحبه قد امكنه من جميع دعواه بنكوله. وكذلك أن أتى أحدُهُما بما يشبه كان القول قولَ الذي أتى منهما بما لا يشبه، فإن نكل عن اليمين أيضاً كان القول قول الذي أتى بما يشبه دون يمين. فإن أتيا جميعاً بما يشبه ونكلا عن اليمين كان للعامل ما ادعاه دون يمين. وإن نَكَلَا جميعاً إذا أتيا بما لا يشبه كان له قراض مثله كما إذا حلفا. فهذا وجه الأيمان فيما بينهما في هذه المسألة على معنى ما وصفه في صدر الكتاب في المسألة الأولى. لأن ذلك إنما يكون إذا لم تكن لهما بينة أو كانت لكل واحد منهما بينة فتكافأتا في العدالة فسقطتا. وأما إذا لم تتكافيا فالأيمان بينهما، لأن الحكم أن يقضي بالأعدل منهما، فقوله وإن لم تتكافيا لفظ وقع على غير تحصيل وبالله التوفيق.

مسألة:

قيل له: فإن دفع إلى رجلين مالاً قِراضاً فعملا بالمال ثم أتيا ومعهما مائتا دينار فقال أحدهما رأس ماله مائة دينار والربح مائة، وكذبه ربّ المال وقال الآخر: رأسُ المال مائتان وصدَّقه ربّ المال. فإن كان الذي زعم أن رأس المال مائتان عدلاً حلف ربّ المال مع شاهده واستحق المائتين وإن كان غير عدل قيل لهما أعطيا المائة التي اجتمعتما عليها لأنها رأس المال فيأخذ من هذا خمسين ومن هذا خمسين وبقيت في يد كل واحد منهما خمسون ويقال للذي أقرّ أن رأس المال مائتان أعط ما في يديك لأنه لا ربح لك حتى يتم رأس المال، ويقال للآخر الذي بقي في يديه خمسون ما في يديك من المال قد زعمت أن نصفه لك ونصفه لرب المال، والنصفُ الآخر لرب المال في يدي الذي أقرّ أنه لا ربح في المال، فأنت تصدق على ما في يديك من المال فلا يلزمك أكثرُ مما أقررت به.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال لأنه إذا دفع إليهما المال قراضاً فقد حصلا شريكين في العمل به على الإِشاعَةِ، فكأن المالَ بيد كل واحد منهما نصفه. وإن كان

بيد أحدهما جميعه، فالذي يقرّ أَنَّ رأس المال مائتان مقر على نفسه أنه لا حقّ له في المال وشاهد على صاحبه فيما يدعى من أن رأس المال مائة والمائة الثانية ربح، فوجب أن يحلف مع شهادته إن كان عدلا كما ذكر ويستحق المائتين، وإن لم يكن عدلاً كان للثاني بعد يمينه أن رأس المال مائة وأن المائة الثانية ربح على ما تقدم في المسألة التي قبل هذه من أن القول قول العامل إذا اختلف مع ربّ المال في عدد رأس المال ما يجب له من المائة التي زعم أنها ربح، وذلك خمسة وعشرون ديناراً، لأن نصف الربح لرب المال والنصف الثاني فيما بينه وبين صاحبه بنصفين، وسكت عن اليمين للعلم الحاصل بها، فإن نكل عن اليمين حلف ربّ المال أن رأس ماله مائتان وأخذ جميعها ولم يكن لواحد منهما شيء، هذا وجه قوله في الرواية. وما قاله فيها من أنه يأخذ من هذا خمسين ومن هذا خمسين وبقيت في يد كل واحد منهما خمسون، فيقال للذي أقرّ أن رأس المال مائتان أعط ما في يديك لأنه لا ربح لك حتى يتم رأس المال إلى آخر قوله هو كلام ساقه على طريق التقريب. لا على سبيل التحقيق، لأن المال لم يكن بيد كل واحد منهما نصفه، إذ لو اقتسماه وانفرد كل واحد منهما بالعمل بنصفه لكانا متعديين في ذلك، ولَوجب إنْ ربح أحدُهما وخسر الآخر لا تجبر الخسارة من الربح، وأن يكونا ضامنين جميعاً للخسارة التي خسرها أحدهما لرب المال، ويكون الربح الذي ربحه الآخر بينهم نصفه لرب المال ونصفه بينهما على ما شرطوه، ولكنه لما كانا يتجران به جميعاً على الإشاعة فكان نصفه بيد كل واحد منهما، لأنه وإن لم يكن كذلك في الحقيقة فهو كذلك في المعنى وما يوجبه الحكم والله الموفق.

مسألة:

قيل له: أرأيت لو أتيا بثلاثمائة دينار والمسألة على حالها فاختلفا، فقال أحد العاملين رأسُ المال مائةٌ والربحُ مائتان وكذبه ربّ المال وقال العامل الآخر بل رأس المال مائتان والربح مائة وصدقه بذلك ربّ المال قال: يقال للعاملين قد اجتمعتُما على رأس المال أنه مائة فأخرجاها، فيخرج كل واحد منهما خمسين، ويبقى بيد كل واحد منهما مائة مائة، وإن كان الذي أقرّ أن رأس المال مائتان عدلاً لم يحلف ربّ المال مع شاهده لأنه جَارٌّ إلى نفسه. أَلَا ترى أنه إذا بقيت في يديه مائة قال له ربّ المال اعطنيها فإنه لا ربح لك منها لأنك مقر أن رأس المال مائتان ولا ربح لك إلَّا بعد استيفائي رأس مالي، فمن هناك سقطت شهادته. أَلَا ترى أني لو أجزت شهادته لأخذ ربّ المال المائةَ منهما جميعاً ويبقى بيد كل واحد منهما خمسون فيصيرُ له ربح ما بقي بيده، فلما

جَرَّ بشهادته إلى نفسه طرحت شهادته، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال لا تجوز شهادة خصم[1] ولا ظنين ولا جار إلى نفسه. فلما سقطت شهادته وأخذ ربّ المال ما اجتمعا عليه من رأس المال وهي المائة التي أخرج كل واحد منهما خمسين خمسين وبقيت في يد كل واحد منهما مائة. قيل للمُقِر إن رأس المال مائتان هات ما في يديك لأنه لا ربح لك إلّا بعد الإستيفاء لرأس المال، فيؤخذ منه فيستوفي ربّ المال رأس ماله، ثم يقال للآخر الذي زعم أن المال الذي في يديه ربح له ولرب المال هات شطرَها، وإنما لم يُؤخذ منه أكثرُ من شطرها لأنه زعم في إقراره أن لرب النصف في أيديهما جميعاً وأنه لم يقرّ لرب المال فيما في يديه بأكثر مما ادعى لنفسه، وإنما هو كرجل قال لرجل ما في يدي نصفٌ لك ونصفُ لي، فلم يقرّ له إلّا بمثل ما أقرّ لنفسه، فليس لرب المال مما في يديه إلّا نصف ما في يديه وهو خمسون، وليس للمقر الذي زعم أن رأس المال مائتان في يدي ربّ المال من الخمسين التي صارت فضلاً حجة أن يقول له قد بلغتك رأس مالك، وقد صار في يديك فضل خمسين فلا تذهب بها دوني، لأنه يقال له أنت مقر أن لرب المال نصف الربح، وأنك لا تدخل عليه في نصفه، وإنما دخولُك على صاحبك، وصاحبك يجحدك، ألا ترى أن الزوج يقرّ بأخ مع إخوةٍ كانوا ورثة معه معروفين أنه لا يدخل عليه في شيء قال سحنون: وقد قيل في العامل إنه يرجع عليه في النصف الذي في يديه فيقاسمه على ثلاثة أسهم للعامل سهم وسهمان لرب المال.

قال محمد بن رشد: قوله وإن كان الذي أقرّ أن رأس المال مائتان عدلاً لم يحلف ربّ المال مع شاهده لأنه جَارٌ إلى نفسه صحيح، لأنه يدعى أن المائة ربح فله منها خمسة وعشرون على دعواه ولصاحبه خمسة وعشرون ويقرأن لرب المال مائتي رأس ماله وخمسون نصف المائة الربح، فإن أعملنا شهادته مع يمين ربّ المال استوجب من الربح خمسةً وعشرين ربع المائة الربح على قوله، وإن لم تعمل شهادته وجب أن يحلف صاحبه على ما يدعى من أن رأس المال مائة فيستحق إذا حلف من الربح خمسين ديناراً ربع المائتين الربح على قوله، ويأخذ ربّ المال الباقي وذلك مائتان

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٩٢٢٢)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٥١٢٦)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٤٩٢٠)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٠٢١٠).

وخمسون بإقراره أن رأس المال مائتان، إذ يجب له على قوله من المائة الربح نصفُها فلا يجب له على إقراره شيء إذ لم نُعْمِلْ شهادَتَه وإن أعلمتَها وجب له خمسة وعشرون. فوجب من أجل هذا ألَّا نُعمِل شهادته وأن يأخذ صاحب المال مائتين وخمسين بإقراره له بها وصاحبُه خمسين بيمينه أن رأس المال مائة ولا يكون له هو شيء.

ووجهُ القول الثاني في أنه يرجع على ربّ المال في النصف الذي في يديه من الربح وهو خمسون ديناراً فيقاسمه إياها على ثلاثة أسهم، له سهم ولرب المال سهمان هو أنه يدعى من الخمسين الربح نصفها إذ يجب له من الربح خمسة وعشرون على ما يزعم من أن رأس المال مائتان، ورب المال يدعي أن له الخمسين كلها فتقسم الخمسون بينهم على الثلث والثلثين كَمَا يتَدَاعَى فيه رجلان، يدعى أحدهما جميعَه والثاني نصفَه على المشهور من مذهب مالك في هذا النوعِ من التداعي. ويتخرج على هذا التوجيه في المسألة قول ثالث، وهو أن يقسم بينهما أَرْبَاعاً لأن العامل قد سلم له نصف الخمسين وينازعه في النصف الآخر منها بينهما بنصفين، وهو المشهور من مذهب ابن القاسم في هذا النوع من التداعي. وإلى القول الثاني ذهب محمد بن المواز. قال ولا يحسب على رأس المال شيء من الظلم ولا التلف إنما يقع ذلك على الربح. وروى عن أشهب خلافُه وأن لكل واحد من العاملين ما يدعيه من الربح فيأخذ الذي أقرّ أن رأس المال مائتان خمسة وعشرين، لأنه هو الذي يجب له من ربح المائة، ويأخذ الذي ادعى أن رأس المال مائة، خمسين بعد يمينه أن رأس المال مائة على ما تقدم، لأنه هو الذي تجب له من ربح المائتين. وهو قول رابع في المسألة له حظ من النظر، وذلك أن العامل الذي أقرّ أن رأس المال مائتان أحق بحظه من المائة الربح إذ لم يقرّ به لأحد والخمسون التي يجب منها لرب المال قد استحق العاملُ الثاني عليه نصفَها بيمينه أن رأس المال إنما كان مائةً وبالله التوفيق.

مسألة:

قيل له: أرأيت لو أن رجلاً أخذ مالاً من رجل قِراضاً على النصف وأخذ من رجل آخر أيضاً مالاً على الثلث، فاشترى سلعتين صفقتين بثمنين مختلفين بكل مال على حياله، فالتبس عليه الأمر فلم يدر أيتهما السلعة الرفيعة الثمن من الأخرى، وفي أحد السلعتين ربح وفي الأخرى نقصان، فادعى كل واحد منهما السلعة الرفيعة أنه اشتراها بماله، على المقارض ضمان. فقال ليس على المقارض ضمان لأنه هو كرجل استودع

مالين لرجلين لرجل مائة والآخر خمسون فنسي صاحب المائة من صاحب الخمسين، وادعى الرجلان المائة أنهما يحلفان جميعاً على المائة ويقتسمانها، والخمسون الأخرى بيد المستودَع ليس لها مدع، ومن رأى أنه يضمن المستودَعُ مائةً لكل واحد بغير يمين إذا ادعي كل واحد منهما أن وديعته مائة ضمنه فمسألتك في القراض مثلُ ما وصفتُ لك في الوديعة.

قال محمد بن رشد: قوله فالتبس عليه الأمر فلم يدر أيتهما السلعة الرفيعة الثمن من الأخرى يريد أنه التبس عليه الأمر في السلعتين فلم يدر أيتهما الرفيعة التي فيها الربح من الوضيعة التي لا ربح فيها، ولو علم من أي مالٍ اشترى كل سلعة منها لما صح أن يتداعى صاحب المالين في السلعة الرفيعة

ولوجب أن يكون من المال الذي قال المقارَض إنه اشتراها منه، ولم يكن في ذلك كلام ولا خلاف. فقولُه إذا لم يدر المقارَض من مال من اشترى السلعة الرفيعة فيتداعيا فيها إن ذلك بمنزلة من استودع مالين لرجلين لأحدهما مائة وللآخر خمسون فنسي صاحبَ المائة من صاحب الخمسين، وادعيا جميعاً المائة إنهما يحلفان عليها ويقتسمانها وتبقى الخمسون بيد المستودع ليس لها مودع إلى آخر قوله. يقتضي ألَّا يلزم المقارَض ضمانٌ بنسيانه، ويحلف كل واحد من صاحبي المال على السلعة الرفيعة أنه اشتراها من ماله، ويكون من ماليهما جميعاً نصفها من مال هذا ونصفها من مال هذا، وتبقى الأخرى بيد المقارض إذا لم يكذب أحدُهما نفسَه في دعواه السلعة الأولى ويقول بل هذه هي التي اشترى من مالي فتكون من ماله ويخلص السلعة الأولى كلها. وفي هذا اختلاف، قد قيل إنه لا يقبل دعواهما فيه بعد أن أَنْكَرَاهَا. وقيل إنها تكون لهما بإقرار المقارَض أنها لأحدهما وإن كانا متماديين على إنكارها. وقولُ سحنون في هذه المسألة إن المقارَض لا يلزمه ضمان لنسيانه من اشترى السلعة من ماله يأتي على قياس رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الدعوى والصلح في الرجل يقرّ بالوديعة لأحد رجلين لا يدري من هو منهما؟ أنه لا يلزمه غيرُها وتكون بينهما بعد أيْمَانِهما. ومثل قول ابن كنانة في مسألة الرجل يأخذ من الرجل ثوباً من كل واحد منهما على أنه فيه بالخيار فيردهما ولا يعرف ثوب هذا من ثوب هذا ويدعيان جميعاً أحدَهما وُينكر الآخر، إن الثوب الذي ادعياه يكون بينهما بعد أيمانهما ويبقى الآخر بيد المشتري حتى يأتي له طالب. وقد ذكرنا ذلك والاختلاف فيه في سماع يحيى من كتاب بيع الخيار. ويأتي في هذه المسألة على قياس ما مضى في رسم القطعان من سماع عيسى من هذا

الكتاب في المقارَض بالمالين يزعم أنه ربح خمسين ديناراً لا يدري من أي المالين، أنه لا شيء له من الخمسين وتكون لصاحبي المالين أن يلزمه لكل واحد منهما ضمانُ الثمن الذي اشترى به السلعة من ماله. وهي رواية أَبِي زيد عن ابن القاسم في سماعه بعد هذا. قال هما مخيران بين أن يضمناه السلعتين ويأخذ أموالهما، وبين أن يأخذ السلعتين فتباع بهما ويعطي كل واحد منهما رأس ماله ويكون للمقارض ربحه إن كان فيهما ربح. وحكى عن ابن كنانة مثل قول ابن القاسم خلاف ما حكيناه عنه في مسألة الذي يتخذ الثوبين من الرجلين بالخيار فَتَخْتَلِط عليه. وقال عن ابن القاسم إلّا أن تكون قيمة السلعة الأدْنى أكثرَ من الثمن الذي اشترى به السلعة الأولى فلا خيار لهما في تضمينه، وتكون السلعتان على القراض على قدر أموالهما. وقال محمد بن المواز إن اتفقت قيمتهما فلا حجة لصاحب الأكثر على صاحب الأقل ولا على العامل، وإن اختلفت غرم العامل فضلَ قيمة الرفيعة على الدنية لأن كل واحد منهما يدعي الرفيعة ويرجو ذلك، والعامل لا يدفعهما وإنما تعتبر قيمتهما اليوم وهو نحو رواية أبي زيد فتدبر ذلك كله وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل سحنون عن رجل دفع إلى رجل مالاً قِراضاً ثم إن العامل عمل به وربح فحاسبه ربّ المال فأخذ ربحه وترك المال عند العامل ثم زاده ربّ المال آخر مثل الذي كان دفع إليه أولاً فعمل بالمالين جميعاً فربح فيهما. قال يقسم الربح على المالين جميعاً فما صار للمال الأول كان على قراضهما وما صار للمال الثاني كان لرب المال، ويكون له أجرةُ مثله. قلت فلو خسر؟ قال سحنون تحسب الخسارة على المالين جميعاً فما أصاب المال الأول من الخسارة جُبِر بالربح الذي وصل إلى العامل وإلى ربّ المال، ويكون للعامل أُجرة مثله في المال الآخر ولا ضمان عليه فيما خسر فيه لأنه فيه أجير وليس له فيما ربح فيه شيء وهو في المال الأول على قراضه.

قال محمد بن رشد: جواب سحنون في هذه المسألة على مذهب ابن القاسم في المدونة أن المُفَاصَلَةَ لا تتم بينهما إلّا بقبض المال لا بالمحاسبة خلاف ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون وغيرهما من أصحاب مالك حاشي ابن القاسم فيجوز على ما ذهب إليه ابن حبيب وحكاه عن أصبغ أن يدفع إليه مالاً آخر بعد أن حاسب في المال الأول وقبض ربحه منه على أن يخلطه ويعمل فيهما معاً، كان على ذلك الجزء أو على جزء آخر، ولا يجوز إلّا بخلطه به ويعمل بكل مال على حدة

إذا كان على جزء آخر. وأما إن كان على مثل الجزء الأول فقد قيل إنه يجوز، ذكره ابن المواز في قول، وهو ظاهر ما في المدونة. وقيل إنه لا يجوز حكى ذلك ابن المواز عن ابن القاسم من رواية أبي زيد عنه، فإن دفع إليه مالاً آخر قبل أن يفاصله في المال الأول وفيه ربح أو خسارة على مثل الجزء الأول أو أقل أو أكثر على أن يخلطه به لم يجز. قال ابن حبيب في الواضحة: فإن عمل على هذا قسم الربح على عدد المال الأول حين يخلطه بالمال الثاني وعلى عدة الثاني فتكون حصة الأول من الربح بينهما على شرطهما.

ولا يجبر نقصانُ واحد من المالين بربح المال الثاني، وحصةُ المال الثاني على قراض مثلهما على غير شرط أن يخلطه بالأول لأنها زيادة داخلة في المال غير خارجة عنه. وقال فضل: وهو مذهب ابن القاسم في المستخرجة، لأنها زيادة داخلة في المال. ولا أعرف هذه المسألة في المستخرجة في روايتنا. وقد رأيت للفضل أنه يرد في المال الثاني إلى إجارة مثله على مذهب ابن القاسم في المدونة مثل قول سحنون ها هنا، لأنه جعل شرط الخلط مثل ما لو اشترط إن وضعتَ في هذا المال الثاني جَبَرْتَهُ من الأول فصارت زيادة خارجة اشترطها ربّ المال لنفسه مع الغرر إذ قد يخسر وقد لا يخسر وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل سحنون عن الرجلين يأخذان المال من رجل قِراضاً هل يجوز لهما أن يقتسما المال إن أحبا؟ قال: ليس ذلك لهما، قيل فلو أن رجلين دفع إليهما رجل مَالاً وديعة هل يجوز لهما أن يقتسماه؟ قال: ليس ذلك لهما وجميع ما سألت عنه من المقارضين والمستودعين واحد لا يجوز لهما أن يقتسماه فإن فعلا فتلف المال لم يضمنا.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفٍ في رسم إن أمكنتني من سماع عيسى وبالله التوفيق.

مسألة:

قيل لسحنون أرأيت الرجل يدفع إلى الرجل المال قراضاً ويأذن له في أن يُبْضِعَ إن أَحَبَّ فيعرض لرب المال سفرٌ فَيُبْضِعُ معه العامل، فلما جاء البلدةَ عرف ربّ المال الخريطة وعرف المال أنه ماله بعينه، فاشترى به لمن ترى الفضل؟ قال أراه لرب المال لأن العامل لم يشتر به شيئاً ولم يعمل له فيه، وليس هذا من سنة القراض أن يبضع

العامل مع ربّ المال.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله، لأنه إنما أذِن له أن يبضع مع غيره لا معه. هذا هو الوجه الذي يعرف في إذنه له في ذلك.

مسألة:

وقال سحنون في رجل أخذ تسعة وثلاثين ديناراً قِراضاً فربح العامل في المال ديناراً تَمَّ على المال الحولُ: إن الزكاة تخرج من الأربعين ديناراً كلها قبل أن يقتسما الذي ربح، ثم يقع على المقارض في نصف ديناره حصة الزكاة ما يقع عليه من الأربعين، ليس عليه أكثرُ من ربع عشر نصف الدينار الذي ربح، ليس يقع عليه أكثرُ من الحصة من جميع الأربعين.

قال محمد بن رشد: هذا هو المشهور في المذهب أن العامل يجب عليه في حَظِّهِ الزكاةُ وإن كان أقل من نصاب إذا كان في رأس مال ربّ المال وحصته من الربح ما تجب فيه الزكاة، أول في رأس مال ربّ المال وجميع الربح ما تجب فيه الزكاة. وقد قيل إنه لا يجب عليه في حظه من الربح زكاة حتى يكون في رأس مال ربّ المال وحصته من الربح ما تجب فيه الزكاة، ويكون أيضاً في حظه من الربح ما يجب فيه الزكاة. وهذا القول تأوله محمد بن المواز على ابن القاسم ولا يُوجِدُ له نصاً، والثلاثةُ الأقوال كلها استحسان ليست بجارية على أصل ولا قياس. وقد مضى بيان هذا كله في رسم أوله مسائل بيوع من سماع أشهب فلا معنى لإعادته.

مسألة:

وسئل سحنون عن الرجل إذا أخذ المال قِراضاً يعمل به ثم أخذ منه ربّ المال ماله وللعامل ثياب يلبسها كان اشتراها لسفره من مال القراض هل يكون لرب المال أن يأخذ منه الثياب التي كان يلبس العامل؟ قال: إذا كانت ثياباً لها قدرٌ وبالٌ فإنها ترد وتباع ويدخل ثمنها في جملة مال القراض، وإن كانت ثياباً خَلِقَةً تافهة ليس لها قدر تركت للعامل كما قال مالك في القِرْبَةِ والحبل والشيء الخفيف.

قال محمد بن رشد: هذا نحو ما مضى في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم ونحوُ ما في الموطأ، وهو مما لا اختلاف فيه احفظه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل سحنون عن المقارض يسْلَبَ هل يكتسي من مال القراض؟ قال نعم.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله، لأنه إذا كان من حقه أن يكتسي في

سفره من مال القراض إذ فرق بين الأولى والثانية وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِل سحنون عن نَصْرَانِي دفع إلى نصرَانِي مالاً قِراضاً فاشترى النصرانِي بذلك المال خمراً فأسلم ربُّ المال والخمر قائمة في يد المقارَض لم تُبَع وهي حين أَسْلَمَ ربّ المال في ثمنها ربح أَوْ لَاربح فيها، والعاملُ يقول خذ خمرك ورب المال يقول إِنَّمَا قارضتك بمال ولم أقارضك بخمر فادفع إليَّ مالي، وكيف إن قال ربّ المال أدفع إلى هذا الخمر يكسرها فإنه لا يَحِلُّ لي ملكها، فقال الآخر لا، أدفع إليك فيذهب ربحي!! أو قال أنا أنتظر بها الأسواق؟ قال سحنون: هي مصيبة وقعت على ربّ المال، وينظر إلي قدر فضل النصراني فيها فيعطي منها ويهراق ما صار للمسلم.

قال محمد بن رشد: قولُ سحنون في نوازله الثانية من كتاب المديان والتفليس في المركب من الروم يُرْسِي بساحل المسلمين ومعهم الخمر للبيع وغير ذلك إن السلطان لا يجبرهم على بيعها للعشور، ولكن يوكل من يتحفظ بها حتى إذا بيعت أخذ من ثمنها العشور معارض لقوله في هذه المسألة. وقد مضى الكلام على ذلك هناك فلا معنى لإعادته.

من سماع أصبغ بن الفرج من عبد الرحمن بن القاسم

من كتاب البيوع والصرف

قال أصبغ: سألت ابن القاسم عن الرجل يدفع إلى الرجلين المال قِراضاً فيختلفان في المال عند من يكون منهما. قال: إذا كان ذلك نظر إلى صاحب المال فَاتُّبع قولُهُ فإن حَضَرَ الاشتراءُ أَحْضَرَاهُ. قلت فإن اختلفا في الاشتراء أو البيع وقال هذا لا أراه؟ قال: لا بد لهما من أن يجتمعا ويتسالما وإلا رد المال وانسلخا منه، وليس للسلطان في هذا مَقالٌ ولا نظر. قال: وهذا في رأيي ما لم يُقْبَض المالُ فإذا قبض فهو إلى من دفعه ربه عند مقارضتهما إن كان دفع إليهما جميعاً، وإن كان أحدهما فأحدهما وليس للآخر بعدُ كلام ولا مقال إذا كان يعلمه قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يتكلم فجمعت ذلك وتكلمنا معه فيهما. قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القولُ فيها مستوفى في رسم إن أمكنتني من سماع عيسى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب البيوع والصرف

قال: وسألته عن الذي يدفع إلى الرجلين المال قِراضاً على أن لصاحب المال النصف ولأحدهما الثلث وللآخر السدس والعمل بينهما على قدر ذلك. قال ليس في هذا خير، قال أصبغ: وإذا وقع فسخ ما لم يقع العمل ويفوت فإن فات بربح أو وضيعة وفراغ رأيت أن ينفذ ذلك إذا لم يكن فيه اشتراط على صاحب السدس بأكثر من جُزْئِهِ من العمل، والنظر والكفايةُ لهما جميعاً فإن كان كذلك وفات كانا على شرطهما في الأجزاء وكان للعامل فضل زيادة العمل الذي اشترط عليه بأجرة مثله.

قال محمد بن رشد: كراهيةُ ابن القاسم لمقارضته إياهما على أجزاء مختلفة هل يكون العمل بينهما على قدر أجزائهما من الربح بقوله ليس في هذا خير، ضعيفةٌ على أصله في المدونة إذ لم يراع فيها اختلافَ العاملين في النفاد في التجر والبصر به. فقال إنه إذا قارضهما على أن يكون أحدهما بسدس الربح وللآخر الثلث إن ذلك لا يجوز لأنه كأنه قال لأحدهما أعمل مع هذا على أن لك ربح بعض عمل هذا. فالذي يأتي على تعليله في المدونة وهو الظاهر من قوله فيها أنه إذا قارضهما على أن لأحدهما ثلث الربح وللآخر السدس والعمل بينهما على قدر ذلك أن ذلك جائز، لأن الشركة بين العاملين على هذا جائزة، لو دفع إليهما المال قراضاً على النصف من غير شرط فاشتركاهُمَا على العمل فيه على الثلث والثلثين على أن يكون على صاحب الثلث من العمل الثلث وعلى صاحب الثلثين الثلثان لجاز، وإنما تصح الكراهية في ذلك على مراعاة اختلاف العاملين في البصر بالتجر. وعلى ذلك يأتي اعتراض سحنون في المدونة عن ابن القاسم بقوله: أو ليس قد يجوز لصاحب المال أن يدفع المال قِراضاً على النصف وأقل من ذلك وأكثر؟ وهو اعتراض بين، ألا ترى أنه لو قارض أحدهما في مائة دينار على انفراد على أن يكون له ثلث الربح، وقارض الآخر في مائة على انفراد على أن يكون له ثلثا الربح فاشتركا جميعاً في العمل بإذن صاحب المال دون شرط لَوجب ألَّا يكون لواحد منهما من الربح إلَّا ما اشترط فيأخذ صاحب المال جميع ربح المائتين ويأخذ الذي قورض في المائة على الثلثين الثلث والذي قورض في المائة الأخرى على الثلث السدس. فوجه الكراهية في ذلك على هذا أن العاملين لم يرض الذي هو أَبْصَرُ بالتجارة من صاحبه أن يكون له من الربح على قدر عمله إلاَّ بما شرط عليه صاحب المال، فكأنه قال لِلْمُقْصِرِ في التجر منهما أعمل مع هذا على أن يكون

لك من الربح مائة. وهذا القولُ أظهر، ألا ترى أنه لو دفع إليهما المال قراضاً على غير شرط فعملا فيه جميعاً ثم اختلفا في قسمة الربح بينهما لوجب أن يقسم بينهما على أن يكون حظه من الربح بينهما بنصفين، أو على أن يكون لأحدهما من الربح الثلث وللآخر السدس والعمل عليهما على قدر ذلك جاز على أصل ابن القاسم في المدونة، وكَرِهَهُ في هذه الرواية، فإن فات بربح أو وضيعة مضى على شرطهما. وإذا قارضهما على أن يكون لأحدهما من الربح الثلث وللآخر السدس والعمل بينهما بنصفين جاز على ما يدل عليه مذهب سحنون في اعتراضه على ابن القاسم، وهو الأظهر على ما ذكرناه، ولم يجز على مذهب ابن القاسم. قال فضل: القياس على مذهبه أن يُرَدَّ العاملُ إلى قراض المثيل، لأنها زيادة داخلة في القراض، والصحيح عندي في القياس على مذهبه أن يُرَدَّ إلى إجارة المثيل. ألا ترى أنه قال في المدونة كأنه قال لأحدهما اعمل على هذا على أن لك ربح بعض عمل هذا فما اشترط ربّ المال من المنفعة لأحد العاملين، فكأنه إنما يشترطها لنفسه لماله من القراض في جر النفع إليه. يبين ذلك المسألة الواقعة بعد هذا في الكتاب. ومسألة المدونة إذا دفع إليه مالاً على أن يجعله معه من يبصره بالتجارة.

وقولُه فإن كان كذلك. يريد فإن كان الشرط أنه الربح بينهما على الثلث والثلثين والعمل عليهما بنصفين كانا على شرطهما في الأجزاء، وكان للعامل فضل زيادة العمل الذي اشترط عليه بأجرة مثله. فهو خلافُ قوله في المدونة، لأنه لم يراع الشرط وإلا فسد به القراض إذ جعل الربحَ بينهما على شرطهما وأرجع الذي عمل أكثر من جزئه من الربح بأجرة مثله في الزائد. فَجَعَلَ الكلامَ إنما هو بين العاملين كالمتزارعين على الثلث والثلثين مستويان في العمل ويسلمان في العمل في مُزَارَعَتِهِمَا من كراء الأرض بما يخرج منها على ما ذهب إليه ابنُ حبيب من أنهما لا يُحَولَانِ عن شرطهما، ويتعادلان فيما يخرجان، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: سألت ابن القاسم عن رجل دفع إلى رجل مالاً قِراضاً فاشترى سلعة، ثم إن العامل قال لصاحب المال: هل لك أن أدفع إليك مالك على أن يكون فلان بمثابتك في الربح متى ما بعنا فإن كان ربحٌ قاسمته إياه كما أقاسمك، فرضي بذلك. قال: هذا حرام لا يحل. وقاله أصبغ وهو مُغَارَرَة وبيع غرر، وقليل في كثير وغير ذلك من سلف جر منفعة وغيره من قبل ما يجر من الربح بما أعطي إلى من يُحِبُّ في مثابة

ربّ المال، فهو جار إلى نفسه بماله الذي عمل، فكل هذه الأوجه من الفساد والإغْرار وأكثرها تدخله ويجري فيه فلا خير فيه.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله إنَّ ذلك لا يجوز لأنه عجل رأس المال لصاحبه قبل أَنْ ينض جميعه على أن يعطي حظه من الربح لمن يريد منفعة ورفعه، فيدخله سلف جر منفعة، والربحُ أيضاً غير معلوم قد يقل ويكثر فهو غرر وربا وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن الذي يأخذ المال قراضاً على أن يُرسل فيه غِلْمَانَهُ ومن أحب ولا يخرج هو إن شاء، قال: لا يصلح.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته.

مسألة:

وسئل ابن القاسم عن الذي يقارض الرجل على أن يخرج إلى البحيرة أو الفيوم يشتري طعاماً، فقال: لا بأس بذلك.

قال محمد بن رشد: إلى هذا ذهب ابن حبيب في الواضحة أنه جائز ما لم يشترط عليه جلب ما اشترى هناك من السلع إلى هلم، أو يسمي له سلعاً يشتريها هنالك ويأتي بها، أو يحمل من هنا إلى هنالك سلعاً يبيعها ثمَّ فيكون فيه أجيراً لأنه رسول بأجرة غرر، وهو كله خلاف ما في المدونة لأنه لم يُجِز فيها أن يدفع الرجل إلى الرجل مالاً قراضاً على أن يخرج به إلى بلد من البلدان يشتري به تجارة لأنه قد حَجَّرَ عليه ألا يشتري حتى يبلغ ذلك البلد. وروى الحارث عن ابن وهب أن مالكاً سئل عن رجل يقال له: أخرج إلى مالي في موضع كذا فاعمل به قراضاً، قال: لا خيرَ فيه لِموضع قوله أخرج، وكأنه رآه من وجه المنفعة. قال وسمعت مالكاً وسئل عن الرجل يكون بالمدينة وهو من أهل مصر، فسأل الرجل بالمدينة أن يعطيه مالاً قِراضاً يبتاع به متاعاً بالمدينة ويخرج به إلى مصر ويبيعه ويدفع إليه رأس ماله وما يصيبه من الربح في نصيبه إلي وكيله بالفسطاط. قال مالك: لا بأس بذلك فرُوجع في ذلك وقيل له: إنما أعطاه المال على أن يبتاع به ويخرج إلى مصر أَلَا تراه شرطاً؟ قال هذا لا بأس به هي بلده وإليها يخرج. وروى ابن أبي أويس عن مالك مثلَه. وقول مالك هذا في رواية ابن وهب وابن أبي زيد وابن أبي أويس ليس بخلاف لما في المدونة. والحجة في جواز ذلك جعل

عمر بن الخطاب المال الذي دفعه أبو موسى الأشعري إلى عبد الله وعبيد الله ليبتاعا به متاعاً بالعراق ويبيعانه بالمدينة قِراضاً بإشارة مَنْ أشار عليه بذلك من جُلسائه وبالله التوفيق.

ومن كتاب الزكاة والصيام

وسئل أشهب عن رجل أخذ من رجل تسعة عشر ديناراً قِراضاً فربح فيها ديناراً فصارت عشرين أفيها الزكاة؟ قال: إن كانا لم يكونا تقاسماً قبل الحول ففيها نصف دينار يزكي التسعةَ عشر ديناراً رُبُعَ عشرها، ويدفع بقيتها إلى ربها ويزكي الدينار رُبُعَ عشره، ثم يقتسمان ما بقي بينهما على قراضهما. وقاله أصبغ وقال ابن القاسم جملة: إن فيها الزكاة.

قال محمد بن رشد: قول أشهب وأصبغ إن العامل يجب عليه في ربحه الزكاة مع جملة المال إذا كان في جميعه بحظ العامل ما تجب فيه الزكاة، هو مثلُ ما مضى من قول مالك في رسم الزكاة من سماع أشهب. وهو مذهب سحنون، خلافُ المشهور من قول ابن القاسم وروايته عن مالك أن العامل لا يجب عليه في حظه من الربح زكاة حتى يكون في رأس مال ربّ المال وحصته من الربح ما تجب فيه الزكاة.

وأما اشتراطهما في ذلك إن لم يكونا تقاسما قبل الحول فهو مثلُ ما في كتاب الزكاة من المدونة أن العامل لا يجب عليه في حظه من الربح زكاةَ حَتَّى يَمُر الحولُ عليه من يوم يدفع المال إليه وإن لم يعمل به إلَّا قبل أن يحول عليه الحول بيسير. خلافُ ظاهر ما في منها أن الزكاة تجب عليه في حظه من الربح وإن لم يحل الحول عليه من يوم دفع إليه إذا كان قد حال الحول على رأس مال ربّ المال وربحه من يوم أفاد أو زكاة. وهو ظاهرُ قول ابن القاسم في هذه الرواية. وظاهرُ قوله فيها أيضاً أن الزكاة تجب عليه في حظه من الربح إذا كان في جملة المال بربحه كله ما تجب فيه الزكاة. خلاف المشهور من قوله وروايته عن مالك مثل قول أشهب. وروايته عن مالك ومثل قول سحنون وأصبغ وبالله التوفيق.

من نوازل سُئل عنها أصبغ بن الفرج

قال: سئل أصبغُ عن الرجل يدفع إلى الرجل مالاً قِراضاً على أن الثلث لرب المال وللعامل الثلثان فيقول العامل بعد القبض والإِشهاد أنا خارجٌ أَكْتَرِي دابةً وأخرج، فيقول ربّ المال أنا أكري منك دابة على أن تعطني نصف ربحك وهو الثلث، فيكون لي من

الربح الثلثان، ويكون لك الثلث. فيقول نعم فيعمل على ذلك فيربح أو يخسر، مالذي يكون للعامل أو لرب المال. قال أصبغ: أرى أن ينظر إلَى أمر الدابة وركوبها، فإن كان أمرُها يسيراً ليس بزيادة لها بال إلى سفر من الأسفار كثيراً، أو كثير المؤنة وبال مما لو اشترطها بَدْءاً عند أصل القراض لجاز لخفة ذلك ويسارتِه. فأرى القراض صحيحاً، وأرى لرب الدابة شرطه وأراه كفاسخِ القراضَ الأول، فيقارضه ثانية بزيادة في الشرط، لأنه لم يعمل ولم يخرج، وقد كان لِرب المال استرجاع ماله على هذا، فهو كقراض مستأنف له كما لو لم يكن بينهما ذكر دابة ولا كراء، فيقارضه على الثلث فلم يخرج حتى بَدَا لرب المال فاستغل ذلك فرجع إليه فسأله أن يزيده في الشرط ويأخذه على النصف أو يرده، ففعل كان ذلك جائزاً، وكان ذلك له ولم يكن به بأس، وحمل أمرهما على الأمر الثاني. فكذلك هذا في مسألتك إذا كان أمر الدابة خفيفاً مما قد كان يجوز اشتراط مثلها مع القراض ونحوها بمثلها، فإن كان على غير ذلك وكان لها بال وزيادة بينة في القراض وعون كبير يسافر عليها إلى مصر من الأمصار ويحمل عليها الأمر الغليظ الذي يكف غيره من الأكرية ويكون زيادة بينة كبيرة فالقراض فيها فاسد ولو ابْتُدِيء، فكذلك في عاقب مسألتك حين أراد الخروج فجعله له بتلك الزيادة بالشرط وبما يخرج ويستوجب العمل والقراض فهو كالإبتداء به، وهو فاسد عندي وينقض ما لم يفت، فإن فات بالعمل فهو أجير على قول ابن القاسم في الزيادة إنه بها أجير ويذكره زَعَمَ عن مالك، والربح والنقصان لرب المال، وعليه للعامل إجارة مثله كالرسول والأجير.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إن القراض ليس بإجارَة تلزم بالقول، وهو يشبه في بعض حالاته الفعل ويفارقه في أكثر أحواله، فله حكم على حياله يشبه المساقي إلَّا أنه لا يلزم بالعقد ولا بالقبض، وكل واحد منهما بالخيار ما لم يُشْغَل المالُ أو بعضه أو يسافر به، فإن شغله لم يكن له أن يرده ولا كان لرب المال أن يسترده حتى ينض. وكذلك إن سافر به لم يكن له أن يرده في غير البلد الذي أخذه فيه ولا لرب المال أن يأخذه منه بعد أن شخص به، فإذا كانا بالخيار وإن تشاهَدَا على القراض بجزء اتفقا عليه، فجائز أن يتفاسخاه إلَى قراض آخر يبتدئانه على ما يجوز فيه من الشروط وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن المقارض يعمل بالمال منه فيفاصِل صاحبَه ويقتضي حصته من الربح

وله مال لا يحمل في مثله الزكاة وقد حال عليه الحول إلَّا أنه إذا جمع إلى ما ربح في القراض صار ما تجب فيه الزكاة، هل يضمه إلى ربح هذا القراض فيزكيه معه؟ أم يجعل ربح هذا القراض كالفائدة وإن كان قد أخرج زكاته فيضمه إلى ماله الذي كان في يديه ويستقبل حولاً.؟ قال أصبغ: قد أسقطت المأخذ في مسألتك وحجتك، أما تعلم أنَّ المقارَض الذي ذكرتَ يصير له بعد الحول في ربحه لا ما يجب فيه الزكاة أنه يزكيه وإن لم يكن مالاً. وهذا قول مالك في موطأه وغيره كثير من قوله وروايةُ أصحابه واجتماعُهم عليه وقولهم به أصلا من أصله وأصولهم، فأين يدخل إن كان له مال؟ هذا ليس بشيء في سؤالك. هذا خطأ والزكاة عليه فيما أصاب بعد أن يكون قد حال المال بيده كما استثنى مالك ما قل منه أو كثر، فلما كان هذا هكذا وَاجِباً لم يكن ذلك مالاً يضيفه إلى فائدة إن كانت عنده لم يجب فيها شيء ولا غيره مما يعيد عند ذلك فافهم إن شاء الله.

قال محمد بن رشد: قد تكررت هذه المسألة في نوازل أصبغ من كتاب زكاة العين، وهي ها هنا أكْمَلُ وأبينُ ومرادُ أصبغ في الموضعين جميعاً أن المقارَض لا يضم ماله من مال قد حال عليه الحول ولا يبلغ ما تجب فيه الزكاة إلى ما ربح في القراض فيزكيه مكانه إن كان يبلغ بإضافته إليه ما تجب فيه الزكاة وإن كان قد زكى الربح، ولكنه يضيفه إليه ويستقبل به حولاً من أجل أن الربح وإن كان قد زكاه فلم يزكه على ملكه وإنما زكاه على ملك ربّ المال بدليل أنه يزكيه وإن لم يبلغ ما تجب فيه الزكاة. ولم يذكر في السؤال الحجة التي احتج بها عليه السائل في أنْ يضيف ماله من مال قد حال عليه الحول ولا تجب فيه الزكاة إلى ربح القراض الذي زكاه فيزكيه مكانه إنْ كان يبلغ بإضافته إليه ما تجب فيه الزكاة، فَضَعَّفَهَا هو وقال له قد أسقطت المأخذ في مسألتك وحجتك. فيحتمل أن يكون احتج عليه بأن ربح العامل مزكي على ملكه لا على ملك ربّ المال بقول مالك وابن القاسم إن الزكاة لا تجب عليه في ربحه حتى يحول عليه الحول من يوم قبضه، فأسقط هو حجته عنده التي احتج بها عليه بأنه لو كان الربحُ الواجبُ له في القراض مزكي على ملكه لما وجب عليه فيه الزكاة وإن كان قد حال عليه الحول من يوم قبضه إلَّا أنْ يبلغ ما تجب فيه الزكاة. ولعمري إن الحجة لكل واحد منهما على صاحبه فيما احتج به عليه لازمة له إذا لم يكن حظه من الربح مزكي على ملكه ولا أعتبر فيه النصاب، فيلزم ألَّا يعتبر فيه الحول. وهو ظاهر ما في من المدونة أن المقارض يجب عليه في حظه من الربح الزكاة وإن لم يقم المالُ بيده حولاً

إذا كان في رأس مال ربّ المال وحصته من الربح ما تجب فيه الزكاة، ولأنه أيضاً إنْ قلت إن حظه من الربح مزكي على ملكه ولذلك اعتبرتَ الحول في حقه من يوم قبض المال وصار في يده، فيلزم أن يعتبر فيه النصاب وألَّا تجب عليه فيه الزكاةُ إلَّا أن يبلغ ما تجب فيه. وهذا القول تأوله محمد بن المواز على ابن القاسم ولا يُوجِدُ له نصاً فالمسألة على كل حال غير راجعة إلى أصل ولا جارية على قياس إذ لم يعتبر في ذلك ملك أحدهما دون صاحبه على انفراد في النصاب والحول كما اشترط فيها الحرية والإسلام وعدم الدَّين ولا ملكهما جميعاً في ذلك أيضاً، كما اشترط فيهما الحرية والإسلام وعدم الدَّين. وقد مضى القولُ على هذا المعنى في رسم أوله مسائل بيوع من سماع أشهب وبالله التوفيق.

مسألة:

قيل له فالمساقي يصير في حصته من الثمن وَسْقَانِ يجذ من نخل له ثلاثة أوسق هل يضم جميع ذلك فيزكيه أم لا زكاة عليه إلَّا في الوسقين؟ قال أصبغ. وهذه أيضاً كنت تستدل عليها بمسألة المساقي الذي لا تمر له سواه، تخرج مساقاتُه خمسة أوسق فإنما يصير له بعضها أن عليه أن يزكي ما صار له ولا يسقط الزكاة حين فرضت في الجميعِ بخمسة أوسق ووجبت كما وجبت في القراض الزكاة عليهما جميعاً إذا كان عشرون فصاعداً، فهذه وتلك سواءٌ، على العامل أن يزكي ما كان له واجباً، فلما كان ذلك عليه لم يضف إلى غيره مما لم تجب وكان هذا بزكاته وسنته وهذا بسنته.

قال محمد بن رشد: أما المساقاة فلا اختلاف أحفظه في أن زكاة ثمرتها كلها حظ المساقى وحظ ربّ الحائط مزكاة على ملك ربّ الحائط لا على ملك العامل، فلا تعتبر شرائط وجوب الزكاة من الحرية والإسلام والنصاب إلَّا في حقّ ربّ الحائط لا في حقّ العامل، فالزكاة واجبة في تمر الحائط المساقي إذا بلغ بِجُمْلته ما تجب فيه الزكاة أو لم يبلغ بجملته ما تجب فيه الزكاة إلَّا أن لرب الحائط حائطاً غيره فيه من التمر ما إذا أضافه إلى تمر حائط المساقاة وجبت فيه الزكاة إذا كان حراً مسلماً. وإن كان العامل في الحائط عبداً أو نصرانياً.

وإن جَذَّ المساقي من نخل له ثلاثة أوسق أو أربعة أوسق فلا تجب عليه فيها الزكاة وإن كان قد صار له في حظه من تمر المساقاة ما إذا أضافه إليها وجبت فيها الزكاة، كان قد زكى ببلوغ تمر الحائط ما تجب فيه الزكاة أو لم يزك، لأنه إن كان زكى فإنما زكى على ملك ربّ الحائط لا على ملكه. وهذا ما لا اختلاف فيه. فكان وجه

القياس أن يرد ما اختلف فيه من زكاة حظ العامل من ربح القراض إلى ما اتفق عليه من زكاة حظ العامل من تمر المساقاة ولكنهم لَمْ يَقُولُوا ذلك فانظر فيه وبالله التوفيق.

مسألة:

قلتُ: فالمزارع إذا زارع على النصف والثلث أو الربع أو الخمس إذا صار في سهمه مَا لَا تجب فيه الزكاة غيرَ أنه إذا جمع الجميع وجبت فيه الزكاة؟ فقال: هو مثل هذا.

قال محمد بن رشد: مسألة المزارع هذه مخالفة للأصول وليست كالمساقاة، لأن العامل في المزارعة شريك، ومن قول مالك وجميع أصحابه أنه لا زكاة عليه حتى يبلغ حظه ما تجب فيه الزكاة، لا اختلاف بينهم في ذلك. والمسألة مضروب عليها في كتاب أحمد، وذكر أنها لم تصح لأبي صالح، ويحتمل أن يريد أن المزارع كالمساقي في أنه إذا رفع من زرعه الذي بينه وبين شريكه ما لا تجب فيه الزكاة ولو زرع على انفراد لا تجب فيه إلَّا أنه إذا أضافه إلى ما رفع مع شريكه وجبت فيه الزكاة أنه لا زكاة عليه فيه. فتصح المسألة على هذا التأويل وإن كان فيه بعدُ، لأن هذا الوجه يستوي فيه المزارع والمساقي وبالله التوفيق.

مسألة:

قيل لأصبغ أرأيت الرجل يبعث إلى الرجل بمائة دينار يشتري له بها طعاماً على أن نصف الربح لرب المال والنصف فيما بينه وبين العامل وشرطا أنَّ ما كان فيه من وضيعة فعلى العامل ربعُ الوضيعة، كيف العمل إن جاء ربح أو وضيعة؟ قال أصبغ: أراه كالسلف وأراه سلفاً لرب المال وأرى الربح والوضيعة على الربع والثلاثة أرباع، والعامل إجارة مثله في كفاية الثلاثة أرباع وعنايته والقيام فيها في الاشتراء والبيع.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأنه لما شرط أن له ربح ربع المال وعليه وضيعة حُكِمَ له بحكم السلف إذ هذا وجه من وجوه أحكامه، فحمله عليه وصار كأنه أسلفه ربع المال على أن يشترى له طعاماً بثلاثة أرباعه ويبيعه له فوجب أن يكون ضامناً لرُبع المال في ذمته، ويكون له إجارة مثله في شرائه الطعام بثلاثة أرباعه وبيعه، ولو عُثِرَ على هذا قبل الشراء لفسخ الأمر بينهما وقبض ماله. ولو لم يعثر عليه إلَّا بعد أن اشترى الطعام وقبل أنْ يبيعه لوجب أن يُقاسِمه الطعامَ فيأخذ ثلاثة أرباعه ويعطيه أُجرةَ مثله في ابتياعه، ويأخذ منه ربع المائة دينار يتبعه بذلك ديناً ثابتاً في ذمته، يُباع عليه فيها حصته من الطعام وما سوى ذلك من ماله وبالله التوفيق.

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم

قال أبو زيد: قال ابن القاسم في رجل اشترى جارية من مال القراض فوطئها فحملت فقال اشتريتُها للقراض. قال: لا لأنه يتهم أن يكون أراد بيع أم ولده. قيل له فإن أتى على ذلك بشاهدين أنه اشتراها للقراض؟ قال: تباع.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم لا قسامة في العبيد من سماع ابن القاسم وفي رسم جاع فباع امرأته من سماع عيسى، فلا معنى لِإعادة شيء من ذلك وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال ابن القاسم في رجل دفع إلى رجل مائة دينار قِراضاً فخسر فيها خمسين، فأتى إلى أخ له فأخبره بما خسر وقال إني أحب أن تسلفني خمسين ديناراً حتى أُريها صاحبي فتطيب نفسه، فإذا رآها أعطيتُك مالك فلما دفع احتبَس صاحبُ المال مالَه أترى إن قام بخمسين على صاحب المال أن يأخذها. فقال نعم إذا كان قد أشهد على ذلك وأخبر بما خسر.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إن له أن يأخذ الخمسين متاعه من صاحب المال إن كان قد أشهد على المقارض بما ذكر من أنه خسر في المال وأنه دفعها إليه على الوجه الذي ذكره، وذلك إذا كان ما ادعاه من خسارة الخمسين يشبه، ويكون القول قوله في ذلك مع يمينه ولو لم يشبه قوله أو نكل عن اليمين أو لم يُعرف قوله إلَّا بإقراره به على نفسه بعد دفع المال لم يكن لصاحبه إليه سبيل إلَّا أن يعرف المال بعينه أنه له ببينة عدلة لم تفارقه وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل دفع إلى رجل ألف دينار فأخرج الرجل من عنده مائة فكان صاحب المائة هو الذي عمل في المَال، والربح بينهما، فكانا يتحاسبان كل سنة فيقتسمان ذلك، ثم إنه خسر في آخر ذلك، قال: يرد ما ربح من أول ثم يقتسمان الربح على عدة المال ويكون للعامل صاحب المائة أجرة عمله في الألف.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أنه دفع إليه ألف دينار على أن يضيف إليها مائة من ماله ويعمل بها ويكون الربح بينهما بنصفين فَرآهُ قِراضاً فاسداً رَدَّهُمَا فيه إلى إجارة المثل. ولذلك قال في الجواب يرد ما ربح من أول ثم يقتسمان الربح على

عدة المال ويكون للعامل صاحب المائة أجرة عمله، والفسادُ في ذلك إنما هو بما وقع فيه من شرطِ خَلْطِ مال القراض إلى ماله لا بما شرط عليه من أن يكون له نصف ربح الجميع، لأن ذلك برجع إلى جزء معلوم كَأَنَّهُ دفع إليه ألفه قراضاً على أن يكون له من الربح خمسة أعشاره ونصف عشره. وذلك خلافُ مذهبه في المدونة، لأن الذي يأتي على مذهبه فيها في شرط خلط مال القراض بغيره أن يُرَدَّ العاملُ فيه إلى قراض مثله وهو قول ابن حبيب، لأنها منفعة داخلة في المال غير خارجة عنه ولا منفصلة منه. وقد قيل إن ذلك يكره فإن وقع مضى، وهو قول أصبغ وروايتُه عن ابن القاسم. وقيل يجوز ابتداء وهو قول أشهب. فالذي يأتي في هذه المسألة على مذهب ابن القاسم في المدونة أَنْ يُرَدَّ العاملُ إلى قراض مثله في الألف للأعوام كلها، وتجبر الخسارة في العام الآخِر من ربح الأعوام المتقدمة كما قال، إلَّا أن يكون كلما حاسبه وقبض حصته من الربح قال له اعمل بما في يدك قِراضاً مُؤْتَنَفاً فلا يجبر ما خسر بعد ذلك من الربح المتقدم على ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون وغيرهما من أصحاب مالكٍ إلَّا ابن القاسم. وأما على مذهب ابن القاسم في المدونة فهما على القراض من أول ما دفعه إليه وإن حاسبه في كل سنة وقبض حصَّته من الربح وقال له اعمل في يديك قِراضاً مؤتَنفاً، وكذلك على مذهبه الذي قد نص عليه وإن أحضر المال ما لم يدفعه إليه ثم يرده عليه على قراض مؤتنف. وقد قيل إنهما على القراض الأول إذا رده إليه في الحين حتى يطول الأمر ويبرأ من التهمة، وقد مضى هذا المعنى في سماع سحنون وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل دفع إلى رجل مالاً قِراضاً فابتاع به سلعة فقال صاحبُ المال قد نهيتك عنها، ويقول العاملُ لم تَنْهَنِي عنها، قال: يحلف العاملُ أنه ما نَهَاهُ ويكون القولُ قولَه.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله، وهو مما لا اختلاف فيه لأنه ربّ المال مدع عليه العدا ويريد تضمينه، وقد أحكمت السنة أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن المقارَض يشتري المتاع بنَظِرَةِ أيامٍ. قال: لا خير فيه لأنه يضمن ذلك الدَّين إذا تلف، وإن ربح فيه أعطاه نصف الربح.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إنه إذا اشترى سلعاً بجميع المال فليس له أن

يشتري متاعاً بنظرةٍ على القراض، فإن فعل لم يكن له المتاع على القراض، وكان الربحُ له والوضيعة عليه. وهذا قوله في كتاب ابن المواز وهو ظاهر ما في المدونة وإن أذن له ربّ المال في ذلك إلَّا أن يأذن له في أن يشتري على القراض على أنه إن ضاع مالُ القراض كان ضامناً لذلك في ذمته فيجوز وتكون السلعة على القراض. ولا يقام من قوله في هذه الرواية إن ربح فيه أعطاه نصف الربح أنه إن فعل ذلك يكون المتاع على القراض فيكون الربح بينهما والنقصان على القراض. لأن المعنى في ذلك إنما هو أنهما عملا على ذلك ولا خير فيه، فلا يكون الحكمُ في ذلك على ما عملا عليه وكان الربح للمقارَض والنقصان عليه، وهذا في غير المُدِير وأما المُدِيرُ فله أن يشتري على القراض بالدَّين إلى أن يبيع ويقضي. وقد مضى هذا المعنى في رسم القبلة من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت له: أرأيت لو حضروا المحاسبةَ فجاء بماله كله إلَّا عشرة دنانير بقيت في دين. فقال صاحب المال أنا آخذ هذه السلعة بعشرة دنانير تكون ديناً لك علي. قال: لا خير فيه، قيل له أرأيت إن جهلا ذلك حتى عملا به وفات المتاع، قال: أرى عليه قيمة المتاع. قال محمد بن رشد: قد مضى القولُ على هذه المسألة والاختلافُ فيها مستوفى في أول سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته، وقد مضت المسألة أيضاً في رسم تأخير صلاة العشاء في الحرس من سماع ابن القاسم، وفي رسم القطعان من سماع عيسى وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل دفع إلى رجل مالاً يعمل فيه فيسير في سفره ثم يبدو لصاحب المال فيريد أخذ ماله فيُدْرِكُه في بعض الطريق فيأخذ ماله على من ترى نفقة العامل وهو راجع؟ قال: على صاحب المال حتى يرجع إلى أهله.

قال محمد بن رشد: هذا خلافُ ما في المدونة إلَّا أن يريد هنا أن العامل رضي بذلك. قال محمد بن المواز: وكذلك لو ابتاع تجارة أو سلعة ليسافر بها فمات ربّ المال فليس للورثة ولا للوصي منعُه إلَّا أن يرى الإمام لذلك وجها. قال أحمد ما لم يكن سفراً يطول أمره جداً. وأما إذا أراد الوصي أخذ المال وبعضه عين لم يكن ذلك له حتى ينض جميعه. ولا ينبغي للعامل أن يُحْدِثَ فيه حدثاً يريد أنه ليس له بعد موت ربّ المال أن يشتري بالمال إذا كان لم يشتر به شيئاً بعدُ وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: ولو أن رجلاً دفع إلى رجل عشرة دنانير قِراضاً ودفع إليه آخر عشرين ديناراً قِراضاً فاشترى بها سلعتين لا يدري بأيتهما اشترى واحدة منهما، قال: فإنهما بالخيار إن أحبا أن يضمناه السلعتين ويأخذا أموالهما فَعَلا، وإن أحبا أن يتخذا السلعتين فَعَلَا فإن أخذاهما بيعتا لهما، فأعطى كلُّ واحد منهما رأس ماله وأعطى المقارض ربحه إن كانا أعطيا على النصف أخذ نصف الربح واقتسماه جميعاً الباقي على قدر أموالهما وإن ضمناه مالهما وبرئا من السلعتين فإن كانا فيهما نقصانٌ فعليه النقصان، وله الربح إن كان فيهما ربح. قال أبو زيد: أخبرني ابنُ كنانة وابن القاسم في هذه المسألة على نحو هذا. قال ابن القاسم إلَّا أن تكون أدنى السلعتين خيراً من عشرين أو ثمن عشرين فلا خيار لهما، فيكونان على قراضهما على قدر أموالهما لأنهما ليس لهما في هذا كلام يقول أحدُهما لا أدري أيتهما سلعتي، وهذه السلعة قد نقصت من عشرين، فإذا كانت أدنى السلعتين أدنى من عشرين بيعتا فأخذ صاحبُ العشرة عشرته وصاحب العشرين عشرتيه وكان الفضل بينهما على قدر رؤوس أموالهما، وكان للعامل في كل مال من الربح ما اشترط.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة قد مضى الكلام عليها في نوازل سحنون بما لا مزيد عليه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل ابنُ القاسم عن رجل دفع إلى رجل مائة دينار قراضاً فعمل فيها ثمانية أشهر ثم تحاسبا فجاءه برأس ماله وبقي الربح في سلعته ثم بيعت السلعة عند رأس الحول فصار للعامل عشرون ديناراً؟ فلا زكاة عليه، ويستقبل بها حولا، قيل له: أرأيت لو أن العامل اشترى سلعة بالمائة التي كانت قِراضاً في يديه فباع نصفها بمائة دينار ودفع إلى صاحب المال، وقال صاحب المال أقرّ نصف تلك السلعة قِراضاً بيني وبينك؟ قال: لا خير فيه إنما هي الآن شركة ولا يصلح إلَّا أن يعملا فيها جميعاً. قلت له: أرأيت لو أن العامل عمل في المائة ثمانية أشهر فجاءه بخمسة وتسعين ديناراً وبقيت خمسة من المائة وما ربح في سلعة، وأنفق صاحبُ المال الخمسة والتسعين أو لم ينفقها، ثم باع تلك السلعة عند رأس الحول بخمسة وعشرين؟ قال: إن كان صاحب المائة أنفق الخمسة وتسعين لم يكن عليه زكاة الخمسة عشر الدينار التي يأخذها من مقارضه ولا على العامل، وإن كان لم ينفق الخمسة وتسعين فإنه يضم الخمسة عشر إليها فيزكيهما

جميعاً، ولا زكاة على العامل في العشرة حتى يحول عليها الحولُ.

قال محمد بن رشد: قولُ ابن القاسم في هذه الرواية إنه إذا قبض ربّ المال جميع ماله قبل الحول ثم صار للعامل بعد الحول من السلعة الربح التي كان أبقاها بيده عشرون ديناراً فلا زكاة عليه فيها. ويستقبل حولاً ظاهرُه خلافُ ما تقدم من قوله في سماع سحنون إنه سواء قبض ربّ المال قبل الحول جميع رأس المال أو بعضه إن صار لرب المال بعد الحول في نصيبه من الربح ما تجب فيه الزكاة أو فيما أبقاه بيده من رأس ماله مع حصته من الربح ما تجب فيه الزكاة وجبت على العامل في حصته الزكاة، لأنه إذا كان في حظ العامل من الربح عشرون ديناراً كان في حظ ربّ المال منه مثلُ ذلك. إلاَّ أن يتأول أن الربح كان بينهما على الثلث لرب المال والثلثين للعامل فلا يكون قولُه في هذه الرواية على هذا التأويل مخالفاً لقوله في سماع سحنون، وهو تأويل محتمل، غير أنه لم يره محمد بن المواز وذهب إلى أنه إذا قبض ربّ المال من العامل قبل الحول جميعَ رأس ماله فلا زكاة على العامل في حظه من الربح الذي أبقاه بيده إلى أن حال عليه الحول وإن صار في حظ كل واحد منهما ما تجب فيه الزكاة.

وأما إن قبض ربّ المال من العامل قبل الحول بعض رأس المال وأبقى بيده بعضاً فصار له بعد الحول فيما أبقاه بيده من رأس ماله وفي حصته من الربح ما تجب فيه الزكاةِ فإنه يجب على العامل في حصته الزكاة قلت أو كثرت وهذا ما لم يختلف فيه قول ابن القاسم. وأما إن كان لم يبلغ ما أبقاه بيده من رأس ماله مع حصته من الربح ما تجب فيه الزكاة فزكاه. وذهب محمد بن المواز إلى أنه إذا كان قد بقي بيد ربّ المال مما قبض قبل الحول ما إذا أضافه إلى الخمسة التي أبقاها بيده من رأس ماله وإلى العشرة التي وجبت له من الربح فزكاها وجب على العامل أن يزكي من العشرة التي وجبت له من الربح ما يقع منها للخمسة التي أبقى بيده من رأس المال، وذلك نصف دينار. لأن رأس المال مائة فالخمسة التي أبقى بيد العامل منها نصف عشرها ونصف عشر الربح دينار له منه نصفه فيخرج زكاة نصف دينار من العشرة الربح التي صارت له، وذلك تَنَاقُضٌ إذ لا فرق فيما يجب على العامل في حظه من الزكاة بين أن يجب على ربّ المال زكاةُ ما أبقى بيده مع ما يصير له من الربح ببلوغ ذلك ما تجب فيه الزكاة، أو بإضافته إلى ما بقي بيده مما قبض منه قبل الحول.

وقولُه: إذا قال ربّ المال أقرّ نصف تلك السلعة قِراضاً بيني وبينك إنّ ذلك لا خير فيه لأنها شركة ولا تصلح إلَّا أن يعملا فيها معناه إذا قال له اعمل بها كلها قراضاً على

أن يكون لك نصف الربح ولي النصف إذْ هي مشتركة بينهما بنصفين. وأما لو أراد أن يعمل بها كلها فتكون حصته منها هي القراض فيكون له ربح الجميع لما كانت شركة، ولكان قِراضاً فاسداً من جهتين، أحدهما القراض بالعروض. والثاني اشتراطُه عليه أن يضيف العاملُ ماله إلى مال القراض فيعمل بهما معاً. وقد مضى حكم القراض بالعروض في غير ما موضع فلا معنى لِإعادة ذكره وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال ابن القاسم في رجل ممن يُدِيرَ دفع إلى رجل مالاً قِراضاً فاشترى العامل سلعة، فَبَارَت عليه فَحَلّ حولُ صاحب المال أترى أن تُقَوّمَ السلعة التي بيد مقارَضه. قال: لا، لأنه لا يدري أيربح أم يخسر؟ ولكن إذا قبض ماله زكاه لِمَا مَضى من السنين، وكذلك قال مالك.

قال محمد بن رشد: قولُه فاشترى العامل سلعة فبارت عليه دليلٌ على أنه كان مديراً وإذا بارت على المدير سلعته فلا يخرج بذلك عن حكم الإدارة، فإذا كان في حكم المدير وإنْ بارت عليه سلعته وجب ألَّا يقوم ربّ المال مع ماله الذي يدير ما بيد مقارَضه إذا كان يدار على ما في من المدونة وفي غيرها من أن مال القراض لا يزكي إلَّا عند المفاصلة وإن أقام بيد العامل أعواما فيزكيه عند المفاصلة، لِمَا مضى من الأعوام على قيمته ما كان بيده في كل عام زادت قيمته في كل عام أو نقصت، وقيل إنه إن نقص في العام الثاني عَمّا كان عليه في العام الأول زكاة للعام الأول على ما رجع إليه في العام الثاني إلَّا ما نقصته زكاة العام الأول، وإنما يقوم ربّ المال في كل عام ماله بيد مقارَضه إذا كان هو يديرُ والعامل لا يدير قيل فيزكي رأس ماله وحصته من الربح خاصة دون حصة العامل منه. وهو قول ابن القاسم في سماع أصبغ من كتاب زكاة العين.

وقيل: بل يزكي رأس ماله وجميع الربح وهو قول ابن حبيب في الواضحة، وقد فَرَغْنَا من تفسير هذه المسألة في غير هذا الديوان، والحمدُ لله ربّ العالمين.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوصايا الأول

من سماع ابن القاسم من كتاب الرّطب باليابس

قال سحنون: أخبرني ابن القاسم سمعت مالكاً قال في الرجل يوصي بأن يُعتق عنه وأن يُحْمَلَ بمال في سبيل الله ويستخلف على ذلك وارثاً فيريد بعضُ الورثة أن يُنَفذ ذلك وينظرَ فيه معه. قال: إن كان وارثاً رأيت ذلك عليه وإن لم يكن المستخلَف وارثاً فليس ذلك عليه إلَّا فيما تبقى منفعته للورثة: العتق وما أشبهه.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه أن الرجل إذا استخلف على تنفيذ وصيته وارثاً من ورثته فليس له أن يغيب على تنفيذ ذلك سائرُهُم ولمن قام منهم أن ينفذ ذلك وينظر معه فيه مخافة أن يكون أوصى لهم بالوصية والوصيةُ للوارث لا تجوز إلَّا أن يجيزها الورثة. وسواء له سمّى له الميت ما يُنَفِّذُها فيه من عتق أو صدقة مال في السبيل أو بما سوى ذلك من وجوه البر على ما في هذه الرواية، أو كان قد فَوّض إليه جعل ذلك حيث أراه الله على ما قاله في رسم الشريكين بعد هذا. وأنه إذا استخلف على ذلك غيرَ وارث فليس عليه أن ينفذ شيئاً من ذلك بحضرتهم ولا لهم أن يكشفوه عن ذلك. قال في الرواية إلَّا فيما تبقى منفعتُهُ للورثة العتق وما أشبهه، والمنفعة التي تبقى في العتق هو الولاء الذي ينجر عن المتوفى إلى من يرثه عنه، فلا يختص بذلك الورثة دون غيرهم إذ قد يرثه من لا ينجر إليه من الولاء بشيء، ومن البنات والأخوات والزوجات والأمهات والجدات. وقد ينجر إلى من لا يرثه ممن حجب مِن ميراثه من الإخوة والعصبة، فلا حقّ في كشف الوصي الأجْنَبِيّ عن العتق، إنما هو لمن ينجر إليه الولاء عن الميت وإن لم يكن وَارِثاً له ولا كَلام في ذلك لمن لا ينجر إليه الولاء عنه وإن كان وارثاً له، والذي يشبه العتق في بقاء المنفعة فيه للورثة هو الإخدام والتعمير والتحبيس، فأما الإخدام والتعمير فالحق فيه لجميع ورثته لأن المرجع في ذلك إليهم، وأما التحبيس فمنها ما يرجع إلى أقرب الناس بالمحبس، ومنه ما يُخْتَلَفُ هل يرجع إلى ورثته أو إلى أقرب الناس به حسبما مضى تحصيلُهُ في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس، فالحق في الحبس الذي يرجع إلى أقرب

الناس بالمحبس لمن يرجع إليه منهم، والحق في الحبس الذي يختلف فيه هل يرجع إلى ورثته أو إلى أقرب الناس به لجميع ورثته وقرابته من الرجال والنساء من قام منهم كان له كشفه عنه حتى يعلم أنه قد انفذه لِمَا قد يكون له فيه من المنفعة باتفاق أو على اختلاف. وهذا في الوصي المأمون. وأما غير المأمون فيكشف عن الوصايا كلها من العتق والصدقة بالعين وغير ذلك على ما قاله في رسم الوصايا من سماع أشهب بعد هذا: إن السفيه المُعْلِنَ المارِق يُكْشَفُ عن كل شيء الصدقة وغيرها وهو محمول على أنه مأمون حتى يثبت أنه غير مأمون. ومن هذا المعنى كشف المرأة الموصى إليها بولدها إذا تزوجت حسبما يأتي القولُ فيه في رسم حلف ورسم كتب عليه ذكر حقّ من هذا السماع وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك: إذا أوصى بثلث ماله يجعله حيث أراه الله فليجعله في سبيل الخير، وإن قال حيث شئت أو أَحْبَبْتَ فصرفه إلى أقاربه يعني أقاربَ الموصي أو إخوته فلم يُجِز الورثة ذلك فهي مردودة على كتاب الله. قال ابن القاسم إذا قال له حيث شئت فجعلها في بعض ورثة الميت. قيل له: أتق الله اجعلها في غيرهم، فإن أَبَى إلَّا فيهم ولم يُجِزْ ذلك الورثةُ كانت على موروثه على فرائض الله، قلت ولا يجبره السلطان أن يجعلها في سبيل الخير، قال لا ليس للسلطان في ذلك كلام.

قال محمد بن رشد: هذا بين عله ما قاله إنه إذا أوصى إليه بثلث ماله يجعله حيث أراه الله أنه يجعله في سبيل الخير لأنه لم يجعل الأمر في ذلك إلى اختياره، وإنما وكله إلى اجتهاده في أفضل وجوه البر وليس له أن يأخذه لنفسه ولا لولده ولا لِأَحَدٍ من قرابته على ما قاله في رسم الشريكين بعد هذا وفي المدونة، بخلاف إذا قال له اجعله حيث شئت أو حيث أحببتَ هذا إن أعطاه لولده أو لمن شاء من قرابته جاز ذلك. لأنه قد جعل الأمر فيه إلى اختياره، فله أن يفعل فيه ما شاء ما عدا أن يجعله لبعض ورثة الموصي فلا يجوز ذلك له إلَّا أن يجيزه الورثة، لأنه يتهم أن يكون الميتُ أمره بذلك فتكون وصية لوارث. فمعنى قوله فصرفه بعض إلى أقارب الموصى أو إخوته أي أقاربه وإخوته الذين من ورثته، ولو صرفه إلى أقاربه وإخوته وهم ليسوا من ورثته لجاز ذلك. لا فرق بين أن يصرفه لقرابته نفسه أو لقرابة الموصي إذا لم يكن وارثاً له. وقول ابن القاسم إنه إن جعلها في بعض ورثة الميت قيل له اتق الله اجعلها في غيرهم. معناه ما لم يبتل ذلك لهم فإن بتله لهم فلم يجز ذلك الورثة كانت موروثة على فرائض الله على

ما قاله مالك، فقول ابن القاسم ليس بخلاف لقول مالك والله الموفق.

مسألة:

قال ابن القاسم: وسمعت مالكاً قال فيمن أوصى بدين لوارث أو غير وارث وأوصى بعتق فأبطل ذلك الدينُ أو لم يَجُزْ لمن أقرّ له به، فإن ذلك العِتْقَ لا يكون إلّا في الثلث ما يبقى بعد ذلك الدين ولا تدخل الوصايا في شيء من ذلك الدَّين، فإذا أوصى بوصايا لوارث أو غير وارث عتق العبد ولم تضره الوصايا قال ابن القاسم: وفرق بين الدين والوصايا في هذا، لأن الرجل إنما يوصي فيما بعد الدين فإن كان صادقاً أو كاذباً لم يكن للعبد حجة إلّا فيما بعده، لأن الرجل لو قال أعتقوا عبْدي بعد مائة دينار تدفعونها إلى وصيه له بدأه على ذلك جاز أو لم يجز لم يعتق العبد إلّا بعد تلك المائة.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة على معنى ما في المدونة وغيرها، لأن قوله فيمن أوصى بدين لوارث، أو غير وارث معناه فيمن أقرّ بدين لوارث أو غير وارث. وقد بين ابن القاسم وجه قول مالك فيها بما لا مزيد عليه فلا وجه للقول فيها، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك فيمن مات وقد أوصى بعتق بعض رقيقه فمرض بعضهم إنه يُقَوّمُ مريضاً ولا ينتظر به الصحة مخافة أن يموت إذا جمع المال.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: لأن الميت إذا مات وجب تنفيذ ما أوصى به من العتق وغيره، فوجب ألّا يؤخر ذلك من أجل مرضه.

مسألة:

قال ابن القاسم: وسمعت مالكاً قال في رجل أوصى وأشهد في وصيته أنه إن هلك من مرضه ذلك أو فيما بينه وبين سنة بكذا وكذا، ثم سَلِمَ وجاز الأجل ثم هلك والوصية كما هي لم يغيرها ولم يوص بغيرها أنها جائزة ولا ينقضها توانيه ذلك.

قال محمد بن رشد: هذا مثل أحد قولي مالك في رسم سلعة سماها بعد هذا. والقول الثاني أن الوصية لا تجوز إذا أبقاها بيده ولم يخرجها إلى غيره. وتحصيل القول في هذه المسألة أن الرجل لا يخلو في حين وصيته من حالين. أحدهما أن يكون صحيحاً دون مرض أصابه ولا سفر أراده وإنما أوصى لما جاء من التَّرغِيب في استعداد الوصية. والثاني أن يكون أوصى في مرض أصابه أو عند سفر أَراده لغزو أو

غيره. فأما إذا أوصى في صحته دون سفر ولا مرض فَسَوَاءٌ قال فيها متى مَا مِت أو إن مت أَوْ إذا مت. وسواء أشهد على ذلك بغير كتاب أو بكتاب أقره عند نفسه أو وضعه عند غيره، ينفذ على كل حال متى ما مات إلَّا أن يكون استصرف الكتاب بعد أن وضعه عند غيره فتبطل بذلك وصيته وكذلك إن أوصى في مرض أصابه أو عند سفر أراده فقال في وصيته متى ما مت وأما إن كان أوصى في مرض أصابه أو عند سفر أراده لغزو أو غيره فقال في وصيته إن مت ولم يزد، أو قال من مَرَضِي هذا أو سفري هذا أو قال يُخْرَجُ عني كذا وكذا ولم يذكر الموت بحال. فإن كان أشهد بذلك من غير كتاب فلا ينفذ الوصية إلَّا أن يموت من ذلك المرض أو في ذلك السفر، وأما إن كان كتب بذلك كتاباً وضعه عند غيره فإنها تنفذ على كل حال متى مات وإنْ مات من غير ذلك المرض وفي غير ذلك السفر. واختلف قولُ مالك إن أقرّ الكتاب عنده ولم يضعه عند غيره فمرة قال ينفذ على كل حال متى ما مات، وَمَرّةً قال لا ينفذ إلَّا إن مات من ذلك المرض أو في ذلك السفر. وجه القول الأول أن الوصية لما لم يكن لتنفيذها بمرض بعينه أو سفر بعينه قُرْبَةٌ في البر والأجر على غيره وكتب بذلك كتاباً أقره عند نفسه بعد صحته من مرضه أو قدومه من سفره دل ذلك على أنه أراد إبقاء الوصية على حالها، ولعله لم يقصد أوّلاً إلى تقيدها بذلك السفر أو المرض بعينه، وإنما ذكره دون غيره لغالب ظنه أنه يموت فيه، ووجه القول الثاني إتبَاع ما يقتضيه ظاهر اللفظ من التقييد. فالقول الأول أظهرُ من جهة المعنى. والثاني أظهر من جهة اللفظ. وكذلك إن قال وهو صحيح دون مرض أصابه ولا سفر أراده إن مت في هذا العام فيخرج عني كذا وكذا هو بمنزلة إذا قال إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا. وأشهب يقول إن قيدها بمرض بعينه فيجوز إن مات من مرضٍ غيره ولا يجوز إن مات في غير مرض وإن قيدها بسفر بعينه فيجوز إن مات في سفر غيره ولا يجوز إن مات في غير سفر، وهو قول بعيد في النظر وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك فيمن أوصى لِقَرَابَتِهِ أو ذوي قرابته. قال: لا أرى أن يدخل ولد البنات في ذلك. قال عيسى بن دينار: وينظر في ذلك على قدر ما يرى قريباً لم يترك من قرابته غيرها ولا يعني ولد البنات وولد الخالات.

قال محمد بن رشد: قولُ مالك لا أرى أن يدخل في ذلك ولد البنات. ظاهره وإن لم يبق من قرابته من قبل أبيه يوم مات سواهم. وهو قول ابن القاسم في أول رسم من

سماع ابن القاسم من كتاب الحبس خلافُ قول عيسى بن دينار. ولأشهب في رسم أسلم من سماع عيسى بعد هذا أنه استحب أن يدخل في ذلك قرابتُهُ من قبل الرجال والنساء لأبيه وأمه. ومثله لابن أبي حازم في المدنية أنهم في ذلك شركاء شَرعاً سواء لا يُفضل منهم أحد على صاحبه.

فهي ثلاثة أقوال في المذهب. أحدها أنه لا دخول في ذلك لِقَرَابَتِهِ من قبل النساء بحال وهو قول ابن القاسم. والثاني أنهم يدخلون في ذلك بكل حال وهو قول مطرف وابن الماجشون وروايتهما عن مالك وحكى ابن حبيب أنه قولُ جميعِ أصحاب مالك. والثالث قولُ عيسى بن دينار أنه لا يدخل في ذلك قرابته من قبل النساء إلَّا ألّا يبقى من قرابته من قبل الرجال أحد.

وأما إن لم يكن له يوم أوصى قرابةٌ إلّا من قبل النساء فلا اختلاف في أن الوصية تكون لهم على ما قاله ابن القاسم في رسم أسلم بعد هذا. وعلى ما قاله أيضاً في الواضحة من رواية أصبغ عنه، قال: وكذلك إن كانوا قليلاً الواحد والاثنين.

ويختلف هل يقسم ذلك بينهم بالاجتهاد أو على السواء، والقولان لابن القاسم في كتاب الوصايا، واختار سحنون إذا كان المال ناجزاً أن يقسم بينهم بالسوية بخلاف غلة الحبس. وحكى ابن حبيب في الواضحة من رواية مطرف عن مالك أنه يقسم على الأقرب فالأقرب والأحوج فالأحوج على قدر الحاجة وقرب القرابة كما يقسم الأحباس، ولا يلزم عمومهم على هذا القول، وإنما يُسْتَحْسَنُ ذلك ومثلُهُ في رسم الوصايا والأقضية من سماع أصبغ أراه لابن وهب والله اعلم وأما على القول بأنه يقسم بينهم بالسوية إذا كان يحاط بمعرفتهم فيلزم عمومهم وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: وسمعت مالكاً قال في الرجل يوصي بمائة دينار نقداً وَلِآخَرَ بمائة دينار سلفاً فلم يحمل ذلك ثُلثُه، قال: إن لم يجز ذلك الورثة نُظِرَ إلى قيمة ربحها مُعَايَنَة فيحاص بها، وكان ما صار له في حصته بَتْلاً.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال لأن معنى السلف الانتفاع به للتجر وغيره، فَيُنْظَرُ إلى ما يربح في المائة السلف إلى ذلك الأجل فيكون ذلك القدر كأنه هو الذي أوصى له به فيحاص به. ومثلُهُ في المجموعة لابن وهب وَعَلِيّ عن مالك. وقال عنه على إلّا أن يكون أكثرَ من نصف الثلث فلا يزاد ولا تكون المائة سلفاً أكثر من مائة بدلاً. وهو يحمل على التفسير لرواية ابن القاسم هذه وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: وسمعتُ مالكاً قال فيمن أوصى عند موته بعتق مكاتبه وأن يُكَاتَبَ غلامٌ له آخر فلم يحمل ذلك الثلثُ: إنه يبدأ بالمكاتب الذي أعتق لأنه عجل له العتق ولأنه لا يدري أتتم كتابة الآخر وعتقه أم لا.

قال محمد بن رشد: هذا بين صحيح على معنى ما في المدونة وغيرها من أن الثلث إذا ضاق عن الوصايا يبدأ الأوْكَدُ فالآكد منها فإن استوت في التأكيد حوص فيما بينها وبالله التوفيق.

ومن كتاب قطع الشجر

قال مالك في الذي يوصي إلى رجل بولده ويترك ثلاثمائة دينار ويأمر الوصي أن ينظر لهم فيها، فيتجر لهم فيها الوصي فتصير ستمائة دينار، ثم يأتي دين على الميت ألفُ دينار، أترى أن تدخل الستمائة دينار كلها في الدين؟ وذلك أن الستمائة دينار لو أنفقها الوصيُّ على الورثة لم يضمنها الوصي له، ولم يضمنها له الورثةُ المُوَلّى عليهم، ولو كان الورثة كباراً كلهم لا يولي عليهم وليس مثلهم. يولي عليهم باعوا مالَ الميت ثم تَجِرُوا بما نَضّ في أيديهم من المال لم يكن عليهم إلّا ما كان نض في أيديهم، ولهم نماؤُه وعليهم نقصانه. وكذلك ما غابوا عليه من العين، وأما الحيوان الذي ورثوه ثم نما أو تلف فإنه ليس عليهم ضمان ما مات من ذلك إذا مات بأيديهم. قال ابن القاسم: أخبرني بهذه المسألة من أثق به عن مالك، ولم أسمعها أنا من مالك.

قال محمد بن رشد: المخزومي يرى الربح للأيتام والضمان عليهم وسواء كان الذي ترك المُتوفى ناضاً أو عروضاً فباعها الوصي وتجز فيها للأيتام، وفرّق ابنُ الماجشون بين العين والعروض. فقال في العين كقول ابن القاسم وقال في العروض كقول المخزومي. والاختلاف في هذا مَبني على اختلافهم في الدين الطارئ على الميت هل هو متعين في عَيْنِ التركة أو واجب قي ذمة الميت. وقد مضى الكلام على هذه المسألة مستوفى في هذا الرسم بعينه من هذا السماع من كتاب المديان والتفليس لتكرر المسألة هناك فاكتفينا بذلك عن إعادتها هنا مرة أخرى والله الموفق.

ومن كتاب أوله: سلعة سماها

وسئل عن الرجل يدفع إليه السلطان مال الغلام المولى عليه فيحسن حاله فيدفعه إليه أترى أن ذلك بمنزلة الوصي إذا رأى من حال وليه ما يرضيه فيدفعه إليه؟ قال: إن

ذلك عندي لخفيف، أما كل من يَبِينُ أمرُهُ في سنِّه وفضله فلا أرى عليه شيئاً، وأراه يشبه الوصي في ذلك، وأما كل من كان فيه شك فلا أراه مثله وكأنه يراه ها هنا ضامنا إلَّا أن يكون ممن لا يشك فيه فلا يرى عليه شيئاً فأراه مثل الموصي.

قال محمد بن رشد: ظاهرُ هذه الرواية أن الموصَى من قبل الأب يجوز إطلاقُه مَن إلى نظره من الولَاية، ويُصَدَّق فيما يذكر من حاله وإن لم يعرف ذلك إلَّا من قوله. وقد قيل إن إطلاقه لا يجوز إلَّا أن يتبين حالُهُ ويعلم رشده وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم في رسم الكراء والأقضية من سماعه بعد هذا من هذا الكتاب.

وأما الوصي من قبل القاضي فقيل إنه يجوز إطلاقه إذا تبين حاله وعلم رشده. وهو ظاهر هذه الرواية، فإذا عَقَدَ له بذلك عَقْداً ضمنه معرفة شهد آيَةً لرشده. وقيل إنه لا يجوز إطلاقُهُ بحال. وإلى هذا ذهب ابن زرب وهو دليل قول ابن القاسم في سماع أصبغ، لأنه إذا لم يجر ذلك للوصي من قبل الأب حتى يتبين حاله، فالوصي من قبل السلطان لا يجوز له ذلك بحال، إذْ هو أضعف حَالاً، وقد قيل إن إطلاق وصي القاضي من إلى نظره جائز بغير إذن القاضي وإن لم يُعرف ذلك إلّا بقوله، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِلَ عن رجل قال أنفقوا على فلان عشر سنين فعزلت نفقة عشر سنين ثم أنفق عليه فهلك بعد سنتين أو ثلاثة لمن ترى بقية ما بقي مما عزل؟ قال أراه لورثة المُوصِي وليس لورثة الذي أوصى له منه شيء، وإنما هذا عندي بمنزلة من يقول أنفقوا على فلان ما عَاشَ فيُعْزَل له مالٌ فيموت فيرجع ذلك لورثة الذي أوصى، فهذا مثله.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إنه إذا أوصى أن يُنْفق عليه عشر سنين فعزلت نفقته العشر سنين فهلك بعد سنة أو سنتين إنَّ ما بقي يكون لورثة الموصي لأن المعنى فيما أوصى به أن يُنفق عليه عشر سنين إن هو عاش إليها، وذلك بخلاف لو أوصى له بخدمة عبد عشر سنين أو بسكنى دار عشر سنين هذا إن مات المخدم أو المُسْكَن قبل تمام العشر سنين كان لورثته ما بقي من السنين في الإخدام والسكنى على ما قاله في المدونة وغيرها، ولو أوصى أن يقام بإخْدَامِهِ أو بإسكانه عشر سنين من غير تعيين لكان ذلك كالنفقة يرجع ما بقي منها إن مات قبل تمام السنين لورثة الموصي، وهذا إذا حَمَلَ الثلث نفقةَ العشر سنين أو لم يحملها فأجاز ذلك الورثة وقطعوا له بالثلث في نفقة العشر سنين فيكون ذلك بتلاً لا يرجع شيء منه إلى ورثة الموصي على ما يأتي في رسم العارية من سماع عيسى، وكذلك إن كان مع هذه النفقة أهلُ وصايا فيُحَاصُّوا معها

يكون ما صار للنفقة بالمحاصة بتلاً للموصي له بها إن مات قبل أن يستنفذوه كان لورثته على ما في رسم العادية. وفي ذلك اختلافٌ سيأتي في غير ما موضع من الكتاب، من ذلك ما وقع في أول رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب وفي آخر الرسم الأول من سماع أصبغ وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الذي يوصي بالوصية ويكتب فيها إن مات في سفره هذا أو من مرضه هذا ثم صح فتركها على حالها ثم يموت بعد ذلك. قال: إن وضعها على يدي رجل رأيتُ ذلك مجزياً عنه. فقلت: أفرأيت إن كانت في سنة؟ فكأنه أنكر ذلك ورأيته فيما أرى يرى ذلك جائزاً إذا كانت عنده وإن أشهد عليها إلَّا أن يضعها على يدي رجل. فقلت له: إنه قد أشهد عليها وهي عنده موضوعة، فقال لي كَيْفَ ذَا يضعها عنده ويجوز؟ قال: لا، كأنه يقول لا أرى ذلك قال سحنون: جيدة من قوله. وقد قال مالك في غير هذا الكتاب من كتاب باع غلاماً بعشرين ديناراً. قال ابن القاسم: وسمعتُ مالكاً يقول في الرجل يوصي بالوصية في مرضه أو عند سفره فيقول إن أصابني في سفري هذا أو في مرضي هذا موت فجاريتي حرة ويوصي بوصايا، ثم يصح من ذلك المرض أو يقدم من ذلك السفر ثم يمكث حيناً ثم يمرض فيموت فتوجد تلك الوصية بعينها ولم يُذْكَرْ لها ذُكْرٌ عند مَوْته ولا تغير ولا إجازة. قال مالك: أراها جائزة. قال سحنون قول مالك في المسألة الأولى أجود، ولا يجوز إلَّا أن يكون أخرجها من يده وجعلها عند غيره وإلَّا لم تجز.

قال محمد بن رشد: قد مضى تحصيل القول في هذه المسألة في أول رسم من هذا السماع فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِلَ عن رجل قال: لِمَوَالِي مائةُ دينار في وصيته أترى أن يدخل معهم موالي أبيه وأخيه؟ قال: إنهم لموالي وما في ذلك أمر بين إلَّا ما يستدل به عليه من كلامه، وما يرى أنه أراد به الموصي، من ذلك، قال أصبغ هذا إذا كان وَلَاؤهُم قد رجع إلى هذا المُوصِي، فأما إن لم يكن ولاؤهم رجع إليه فلا يدخلون في وصية، قال عيسى: قال لي ابن القاسم: إن بَيّنَ من أعتق فخاصة، وإلَّا فكلهم موالية. قال سحنون قال ابن القاسم وسمعته غَيْرَ عَامٍ وهو يقول يدخلون معهم. قال ابن القاسم: وذلك رَأْيي إلَّا أن يستدل على أنه إنما أراد من أعتق خاصة.

قال محمد بن رشد: قول أصبغ تفسير لقول مالك. بدليل مَا لَهُ في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس. وقال مطرف وابنُ الماجشون إن كان يُحاط بمواليه الذين أعتق ولا يدخل معهم غيرُهُم، وإن كثروا حتى لا يحاط بهم دخل معهم موالي الموالي وأبناؤهم وكل من رجع إليه وَلَاؤُهم من قبل أبيه وجده وأخته لأنه رمى به مَرْمَى الولاء إلَّا أن يقول عتاقتي. وقد مضى هناك القول على هذه المسألة مستوفٍ فأغنى ذلك عن إعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عمن أوصى بثلثه لثلاثة نفر، ثم قال لفلان عشرين ولفلان عشرة وسكت عن الثالث إن للذي سكت عنه ثلث الثلث، ويعطي الذين أوصى لهم بالقسمة صاحب العشرة عشرة وصاحب العشرين عشرين، ثم يُنظر ما بقي من جميع الثلث فيقسم على ثلث الثلث وعلى العشرين والعشرة بالحصص.

قال محمد بن رشد: قوله ثم لفلان عشرين ولفلان عشرة. معناه قال ذلك على سبيل التفسير لما أوصى به لفلان عشرين ولفلان عشرة. فقال إنه يكون للذي سكت عنه ثلث الثلث أقل أو أكثر، ويكون من الباقي لصاحب العشرة عشرة ولصاحب العشرين عشرين، فما بقي من الثلث قسم على ثلث الثلث وعلى العشرين والعشرة بالحصص، وذلك يرجع إلى أن يقتسموا جميع الثلث قل أو كثر على هذه التجزية يضرب فيه المسكوت عنه بثلث الثلث وصاحب العشرة بعشرة وصاحب العشرين بعشرين، فإن كان الثلث في التمثيل تسعين ضرب فيه المسكوت عنه بثلاثين وصاحب العشرة بعشرة وصاحب العشرين بعشرين فيصير للمسكوت عنه نصف التسعين خمسة وأربعون، ولصاحب العشرة سدس التسعين خمسة عشر، ولصاحب العشرين ثلث التسعين ثلاثون. وإن كان الثلث خمسة وأربعين كان للمسكوت عنه ثلثها خمسة عشر ولصاحب العشرة عشرة ولصاحب العشرين عشرين. وإن كان الثلث ثلاثين تحاص جميعهم فيها المسكوت عنه بعشرة ثلث الثلاثين، وصاحب العشرة بعشرة، وصاحب العشرين بعشرين، فيصير للمسكوت عنه ربع الثلاثين ولصاحب العشرة ربعها، ولصاحب العشرين نصفها. وكذلك على هذا القياس ما كان الثلث قَلَّ أو كثر على ما في سماع أبي زيد، لأن قول ابن القاسم فيه تفسير لهذه الرواية. وقد حكاها ابن حبيب على نصها من رواية أصبغ عن ابن القاسم ووصل بها. قال أصبغ وكذلك أن قَصُرَ الثلث، فبان بذلك ما ذكرناه من أن رواية ابن أبي زيد مفسرة لهذه الرواية. ولو كان قوله

لفلان عشرين ولفلان عشرة لحمل ذلك على أنها وصيةّ أخرى، ولوجب أن يضرب كل واحد منهما في الثلث مع المسكوت عنه بالأكثر مما سمى له أو من الثلث على ما قاله ابن القاسم في رسم استأذن من سماع عيسى في الرجل يوصي بثلاثة أعبد لرجلين. ثم يقول بعد ذلك فلان وفلان من أولئك الرقيق لفلان لأحد الرجلين، وفلان للرجل الآخر أنه يضرب كل منهما فيهم بأكثر الوصيتين العبد الذي سمى لأحدهما، أو نصف الثلاثة الأعْبُدِ، أو العَبْدَانِ اللذان سميا للآخر ونصف الثلاثة الأعْبُدِ. وقد حمل الفضل هذه الرواية على ظاهرها من أن قوله فيها لفلان عشرين ولفلان عشرة كان لِغير الفور. فقال إنها على خلاف أصل ابن القاسم يريد في مسألة الأعبد التي ذكرناها والأولى أَنْ يُتَأوَّلَ على ما يخرج فيه عن أصله فيما ذكرناه. وقال أصبغ في كتاب ابن المواز يأخذ المسكوت عنه ثُلُثَ الثلث، ويقسم ثلثا الثلث بين المسمى لهما على ثلاثة أجزاء لصاحب العشرة جزء ولصاحب العشرين جزءان، واستحسنه محمد بن المواز. قال لأنه إنما قسم وصية الرجلين من الثلث، كيف يقسم بينهما وصاحبهما الثالث لم يُزَدْ في وصيته على ثلث الثلث ولا نقص منه، قال الفضل: وإنَّ تفسير ابن المواز لَحَسَن، وسواء على هذه الرواية كان المال عيناً أو عرضاً أو بعضه عيناً وبعضه عرضاً، لأنه لم يحمل قوله لفلان عشرين ولفلان عشرة على أنها وصية أخرى لهما بالعشرة والعشرين، ولو حمله على ذلك لقال إنَّ كل واحد منهما يحاص بالأكثر من وصيته، وإنما حمله على التفسير لما أوصى بها فَرَآهَا وصيةً واحدةً لكل واحد منهما يحاص فيها المسكوت عنه بثلث الثلث إن ضاق الثلث عن وصاياهما أو فضلت منه فضلة بعد أن أخذ المسكوت عنه ثلث الثلث وأخذ صاحب العشرة عشرة، وصاحب العشرين عشرين. ورأيت لأبي صالح وابن لبابة أنهما قالا في هذه الرواية، معناها أن المال كله ناض فإذا كان في المال عرض وناض قسم العرض أثلاثاً وقسم ثلث الناض على المحاصة فحاص الذي سكت عنه بِثُلُثِهِ، ويحاص صاحباه بأكثر وصيتهما، وإن كان المال عرضاً كله حاص المسكوت عنه في الثلث بثلث الثلث، وحاص صاحباه بثلث الثلث وبالعدة المسماة لكل واحد منهما. فلا يصح أن يكون قولهما مفسراً للرواية. بل هو على خلاف مذهبه فيها حسبما بيناه. وقول أبي صالح هذا على ما لأصبغ في رسم الوصايا الصغير من سماعه من تفسيره لقول ابن القاسم. وسيأتي الكلام على ذلك هنالك إن شاء الله وبه التوفيق.

مسألة:

وسُئِل مالك عن الرجل يوصي في أمة له إن وسعها الثلث أن تعتق فنظر فإذا هي لا تخرج منه، فكيف ترى فيه؟ فقال: أرى إن كان يبقى منه الشيءُ الذي له بال لم أَرَ أن تعتق وإن كان الشيءُ الذي يبقى الشيءَ اليسير لم أر أن يمنع العتق لذلك، وأرى أن تعتق إن كان الذي خسِر يسيراً. قال ابن القاسم وتغرَم هي ذلك اليسير. قال سحنون وأرى أن يكون ذلك رِقًّا باقياً فيها.

قال محمد بن رشد: ظاهر قول مالك هذا أنها تعتق كلها ولا تغرَم شيئا إن كان الذي زادت قيمتُها على الثلث الشيءَ اليسير. قال في الكفالة من المدونة مثلُ الدينار والدينارين، ولا تغرَم هي ذلك اليسير. خلاف مذهب ابن القاسم أنها تغرمه. قال في المدونة: فإن لم يكن عندها اتبعت به ديناً تؤديه إلى الورثة. وخلاف قول سحنون إن ذلك يكون رِقًّا باقياً فيها ولابن كنانة في المجموعة مثلُ قول سحنون إنه إن زادت قيمتُها على الثلث الشيء اليسير كان ذلك اليسير رقاً باقياً فيها، وإن زادت قيمتُها على الثلث الشيء الكثير لم يعتق منها شيء. وله في المدنِيَة أنه إن كان حملها الثلث إلَّا الشيء اليسير منها مثل السدس من ثمنها أو نحو ذلك مما يُرَى أنه لا يضر الورثة لقلته ويسير خطبه عتقت كلها، وإن كان حمل منها اليسير لم يعتق منها شيء كما وقع له في المجموعة.

قال محمد بن رشد: وإنما قال مالك إنها تعتق كلها ولا تتبع بشيء إذا كانت قيمتها أكثر من الثلث بالشيء اليسير الدينار والدنانير لأن هذا القدر مما لا يَتَحقَّقُ زيادةً لا سيما في الأمة الرفيعة لأنها إنما تقوم بالاجتهاد. وقد يختلف البصر أبِالقيمة في تقويمها في مثل هذا القدر وشبهه. وإنما قال ابن القاسم إن الجارية تُقَدِّمُ ذلك الشيء اليسير إن كان لها مال مراعاة لقول من قال إنها إن لم يحملها الثلث بمالها تقوم بما حمل منها ويكون بقيته للسيد مضافاً إلى ماله. وهو قول ربيعة والليث بن سعد ويحيى بن سعيد وابن وهب في رسم الثمرة من سماع عيسى من كتاب المدير. وقال إنها تتبع به ديناً إن لم يكن لها مال مراعاة لقول من يقول بالاسْتِسْعَاءِ في العبد بين الشريكين يعتق أحدُهما حظّه منه ولا مال له. وقول سحنون إنَّ ذلك يكون رِقاً باقياً فيها بعيدٌ، لأن الموصِي إنما أوصى بعتقها إن حملها الثلث. ومثل قوله في المجموعة لابن كنانة خلاف ما له في المدنِيَّة.

ويتحصل في المسألة على ظاهر الروايات إن زادت قيمةُ الأمة على الثلث الشيءَ

اليسير ثلاثةُ أقوال. أحدها أنها تعتق ولا تتبع بشيء، وهو قول مالك. والثاني أنها تعتق وتتبع بما زادت قيمتها على الثلث وهو قول ابن القاسم. والثالث أن ذلك يكون رقاً باقياً فيها وهو قولُ سحنون وأحد قولي ابن كنانة، الذي أقول به وينبغي أن تكون الروايات عليه إن كانت الزيادة اليسيرة متيقَّنة لا يمكن اختلاف البصراء فيها ففيها ثلاثة أقوال:

أحدها: أن تتبع بذلك ديناً إن لم يكن لها، مال ويؤخذ من مالها إذا كان لها مال. وهو قول ابن القاسم.

والثاني: أنها يبقى ذلك رِقاً فيها وهو قول سحنون.

والثالث: أنها تعتق قول ابن كنانة في المدينة وأنه إن كانت الزيادة اليسيرة كالدينار والدنانير في قيمة الأمة في الثلاثة والخمسين فلا بشيء كما قال مالك، ولا خلاف فإن زادت قيمتها على الثلث الكثير.

قليل ولا كثير وله في المدونة أنه يعتق منها ما حمله الثلث وإن كان يسيراً ويرق الباقي، وإن كان حمل الثلث أكثرَها ولم يبق إلَّا اليسير منها الذي لا يضر بالورثة مثل السدس من ثمنها أو نحو ذلك أعتقت كلها، وهو بعيد جداً. فقول مالك في هذه المسألة أصح الأقوال وَأَوْلَاهَا بالصواب وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: شك في طوافه

وسئل مالك عن رجل أوصى بثلث ماله للفقراء من فخده، فإن لم يكن فيهم ففي الذين يلونهم. قال مالك: أرى أن يبدأ بالذين قال يُعطي فقراؤهم بقدر ولا يُعطي أغنياؤهم شيئاً وإن فضل فضلٌ أُعطي مسكنةُ الأقْصَيْن.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله إنه يخص بذلك الفقراءُ من فخده دون الأغنياء ويُعْطَوْن منه بقدر على سبيل الاجتهاد، ويؤثر في ذلك الأقرب على الأبعد والأحوجُ على من هو دونه في الحاجة، ويجعل الفضل فيمن بعدهم، والفَخِذُ أعم من العصبة وأخص من البَطْنِ والقبيلة، والبطنُ والقبيلةُ أخص من العشيرة وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن امرأة أوصت إن حدث بها حدَثُ الموت من حملها هذا فافعلوا كذا وكذا، ثم إنها وضعت وأقامت سنين ثم هلكت. قال مالك: أكتبت بذلك كتاباً؟ قال: نعم وفي وصيتها قَبْلَ أن تغيرها. قال هي جائزة وينفذُ ما فيها.

قال محمد بن رشد: قولُه إن وصيتها تنفذ وإن لم تمت من حملها إذا كتبت بذلك كتاباً، هو مثلُ أحد قوليه في رسم سلعة سماها، ولو كانت قد وضعت الكتابَ بيد غيرها لجاز قولا واحداً. وقد مضى تحصيل القول في هذه المسألة في أول رسم من السماع فلا معنى لِإعادته، واحْكُمْ في المسألة لقوله فيها قبل أن تغيرها لأنَّ ذلك حقّ لها قالته أو سكتت عنه.

ومن كتاب أوله: الشجرة تطعم بطنين في السنة

قال سحنون: أخبرني ابن القاسم قال: سئل مالك عن الوصية التي يوصي بها الناس ويتشهدون فيها قبل أن يوصوا. قال: ذلك يعجبني وأراه حسناً. ومَا زالَ ذلك من شأن الناس. والذي أدركتهم عليه يكتبون التشهد قبل أن يوصوا، قال مالك في أثر الوصية في التشهد حين قال هو الذي أدركت عليه الناس.

قال أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ما أدركت عليه الناس بهذه البلدة يعني المدينة. فلا شك فيه أنه الحق، وروى أشهبُ في كتاب الوصية الذي فيه الحج والزكاة في التشهد مثلَ هذا وزاد قال، فقيل له فإن رجلاً عندنا كتب وصيته وكتب فيها أُؤمِنُ بالقَدَرِ خيرِه وشرِّه حُلْوه ومُره، قال: لا والله لا أراه أَفَلَا كتبتَ والصُّفْرية والأَبَاضِية، ليس هذا بشيء، وقد كتب من مضى وصاياهم فلم يكتب أحد منهم هذا في وصيته.

قال محمد بن رشد: هذا كله بين على ما قاله، لأنَّ الرشد في الإتباع ويكره في الأمة كلها الابتداع فلن يأتي آخر هذه الأمة بأهدى مِمَّا كان عليه أولها "والمدينة" دارُ الهجرة وبها توفي النبي عليه السلام، والصحابةُ خير الأمة الذين اختارهم الله لصحبة نبيه وتبليغ دينه وإقامة شرعه بها مُتَوَافِرُونَ، فما عملوا فيه ودرجوا عليه هو الهدى الذي لا ينبغي العدول عنه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يُوصِي بالرقبة أترى أن يُشْتَرَى أبوه فيعتق عنه؟ قال إن كان تطوعاً فإني أرى ذلك، وإن كان ظهاراً أو ما أشبهه مما هو عليه فغيرُه أَحَبُّ إلي منه.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إن ذلك جائز في التطوع بل هو المختار المستحب، لِأنه أعظمُ في الأجر من عتق الأجنبي، لما في ذلك من صلة القرابة. وقد

روي عن النبي عليه السلام أنه قال: لَا يَجْزِي وَلَدٌ وَالِدَهُ إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكاً[1] فَيَشْتَرِيهِ فَيُعْتِقُهُ أي فيكون حراً بنفس شرائه إياه، لا أنه يستحِدثُ له عتقاً بعد مِلْكِهِ إياه، إذْ لا يستقر له عليه ملك إلَّا أنه يصير بشرائه إياه في حكم المملوك المعتق في وجوب الولاء له.

وأما قولهُ إن كان ظهاراً أو مما أشبهه مما هو عليه فغيرُه أحب إلي منه فتجاوزٌ في اللفظ ليس على ظاهره في استحباب عتق سِوَاهُ بل هو الواجب، إذ لا يُجْزِئ عنه في الظهار، والوصي ضامن إن فعل ذلك.

وأما إن لم يعلم الوصي أَنْ كان العتق الذي أوصى به تطوعاً أو واجباً فلا ينبغي أن يَعتِقَ عنه من يعتق عليه من أب أو أخ ولا يصح له ملكه مخافة أن تكون وصيته بعتق واجب عليه، فإن فعل لم يلزمه ضمان وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى بمائة درهم في عتق رقبة من غلة حائط له منذ خمس وثلاثين، وكان قبل عتق الرقبة وصايا قدمت قبله، وكان في ذلك الزَّمان الرقبةُ توجد بمائة درهم، وهي اليوم لا توجد بذلك، فقال له الوصي أفترى أن أزيد من عندي في ثمنها؟ فإن نفسي بذلك طيبة، قال: لا يعجبني ذلك. فقيل له فبعض من ورثه أو من أقاربه أو ممن أوصى له إن أحب أن يزيد في ذلك؟ فقال ما أرى به بأساً، فقال له الرجل أفترى أن يشتري له بأرض الروم رقبة؟ فإني أجدها بهذا الثمن إلَّا أنها أعجمية؟ قال ليس هذا الذي أراد الرجل ولا يعجبني ذلك. قيل له أَفَيُعِينُ بهذا في عتق رقبة يتم بها عتقها؟ قال: ويكون غيره الذي يعتقها. قال: نعم، قال لا خير فيه. فقيل له أفنشتري نحن آخر رقبة بمائتي درهم فيعتقها عنهما؟ قال: لو أني أعلم أنك لا تجد لرأيت ذلك، فقال فإن لم أجد أفترى لي ذلك؟ قال: نعم.

---

(١) أخرجه مسلم (٢٧٨٧)، وأخرجه الترمذي (١٨٢٦)، وأخرجه أبو داود (٤٤٧٤)، وأخرجه ابن ماجه (٣٦٥٧)، وأخرجه أحمد في مسنده (٧٣٨٩)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٤٢٩)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٤٧٦٣)، وأخرجه ابن الجارود في المنتقى (٩٥٨)، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير (١٩٤٦)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢١٩٧٢)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٥١٩٨)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٤٨٠٦)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (٨٨٧٦)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢٤٢٨)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٠٢٧)، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (٥٩٧).

قال محمد بن رشد: لم يُجِز للموصى إذا لم يحمل الثلثُ ثمنَ الرقبة أن يزيد فيها من عنده، وأجاز ذلك لبعض من ورث الميت أو أوصى له بوصية. والمعنى في ذلك أن الزيادة إن كانت من مال الميت الموصى جاز ذلك وإن كانت من غير أصل مَاله لم يجز ذلك. فقوله أو من أقاربه معناه من أقاربه الذين يرثونه، لأن الوارث إذا زاد مما ورثه فكأنه قد أجاز للميت الوصية بأكثر من ثلث ماله. وكذلك الموصَى له إن زاد من الوصية التي أوصى له بها الميت فكأنه قد ترك ذلك له ولم يجز للوصي إذا لم يحمل الثلث ما يشتري به رقبة في أرض الإسلام أن يشتريها من أرض الروم، لأن ذلك خلاف ما أراد الموصِي كما قال، ولم يجز لَه أن يُعِينَ بذلك في رقبة يكون ولاؤُها لغير الموصى فقال لا خير في ذلك، ومعناه إذا كان في ذلك ما يشارك به في عتق رقبة فلا بأس أن يُعِينَ بها مكاتباً في آخر كتابته. وكذلك قال في الوصايا الأول من المدونة إنه إن لم يكن في ذلك ما يشتري به رقبة شورك به في رقبة، فإن لم يجدوا إلَّا أن يعينوا بها مكاتباً في آخر كتابَتِه فعلوا. قال: وهذا قول مالك فهو يحمل على التفسير لقوله في هذه الرواية وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الوصي يريد بَيْعَ متاعِ الرجل مساومة ويرى أن ذلك خير له مثل ما يسومه الرجل بالدار وما أشبهه فَيُتَمِّنُه ويرى أن بيعه غِبْطَةً. قال لا بأس بذلك مساومة، أو فيمن يريد إذا كان ذلك منه على وجه النظر.

قال محمد بن رشد: معناه في الوصي على الثلث إذا باع بإذن الورثة أو على الصغار إذا باع بإذن الكِبَار أو في الوصي على الصغار إن لم يكن لأحد معهم في ذلك شرك. وأمّا إذا كان وصياً على الصغار وهم شركاء مع الكبار فباع الجميعَ بغير إذنهم فلا يجوز ذلك عليهم. وكذلك إذا كان وصياً على الثلث فباع بغير إذن الورثة. وسيأتي الكلامُ على ذلك في رسم سلف ديناراً من سماع عيسى بعد هذا إن شاء الله، وبه التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى بخمسمائة درهم في رقبة بخمسمائة بشرط أن يعتق ثمن سبعمائة، وإن اشترى بخمسمائة بغير شرط لم يجد مثلها أفيشتريها بشرط أو يشتري دونها بغير شرط؟ قال بل يشتري بغير شرط يعني غيرها وإن كانت دونها.

قال محمد بن رشد: أما إذا كانت الرقبة واجبة فلا يجوز أن يشتريها بشرط، فإن

فعل ضمن لأن الرقبة الواجِبَةَ لا يجوز شراؤها بشرط العتق. وأما إن كانت الرقبة تطوعاً فيكره له أن يفعل ذلك، فإن فعل لم يضمن وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: حلف بطلاق امرأته

وسئل مالك عن امرأة هلك زوجها وأوصى إليها بولدها وبما كان له من مال، فتزوجت المرأةُ وخِيفَ على المال أَتَرَى أن يكشف. قال مالك إن كانت المرأة لا بأس بحالها فلا أرى ذلك، وإن كيف، يُخَافُ كشف ما قِبَلَها.

قال محمد بن رشد: إنما يكشف ما قبلها إن كان يخاف على المال عندها ولا يكشف إن كانت لا بأس بحالها ولم يبين على ما يحمل عليه من جهل حالها. والظاهر من قول مالك في رسم الوصايا من سماع أشهب بعد هذا، أن المرأة إذا تزوجت غُلِبَتْ على جُل أمرها حتى تعمل بما ليس بصواب أنها عنده محمولة على الخوف عليها إذا تزوجت فيكشف ما قبلها، إلاَّ أن يعلم أنه لا بأس بحالها وينزع الولد منها وإن لم يقل الميتُ إن تزوجت فانزعوهم منها إلَّا أن يجعلهم في بيت على حدة ويقيم لهم ما يصلحهم من خادمهم ونفقتهم على ما قاله في رسم كتب عليه ذُكر حقّ بعد هذا. وكذلك لا يعزلون منها إذا عَزَلَتْهم في مكان عندها وأقامت لهم ما يصلحهم من نفقة وخادم وإن كان الميت قد قال إن تزوجت فانزعوهم منها، قاله مالك في كتاب ابن المواز.

قاله محمد لأن الميت لم يقل إن تزوجت فلا وصية لها وإنما قال إن تزوجت فانزعوهم منها معناه إنْ لم تَنْزِعْهم عن بيتها وتجعلْهم في بيت على حدة مع من يخدمهم بنفقة تقيمها لهم، ومثل ذلك في المدنية لمالك من رواية محمد بن يحيى السبائي عنه، وزاد فإن خشيت عليهم الضيعة فأولياؤهم أحق بهم. قال ابن المواز: قال ابن القاسم: وأما المال فوجه ما سمعت فيه أَنْ ينظر إلى حالها فإن رضِي حالها وسيرتها والمال يسير لم يؤخذ منها "محمد" ولم يكشفه إن كان المال كثيراً وهي مقلة وخيف من ناحيتها، وأرى أن ينزع المال منها. وقاله أصبغ وهي على الوصية على كل حال إلاَّ أن يكون مرره إلَّا من مر إبقاء المال عندها بعد النكاح في الحرم والدين واليسر والحرز فيقر بيدها، قلت وإذا خيف على المال عندها فنزع منها ولم تعزل هي عن الوصية فليقدم معها من يكون المال عنده ويشاركها في النظر لهم وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن رجل أوصى إلى ابن له كبير وله ولد صغار ذكور وإناث وأشهد معه رجلاً آخر وأعتق رقيقاً أتجوز عتاقهم بشهادة ابنه وهو وصي مع الرجل؟ قال: نعم إذا لم يتهم مثل أن يَجُرَّ وَلَاءً.

قال محمد بن رشد: معنى هذه المسألة أنه شهد هو والوصي معه أن أباه أعتق هذا الرقيق أو أنه أوصى بعتقهم فتجوز شهادته مع الوصي إن لم يكن لولائهم خطب، وإن كان لولائهم خطب لَمْ تجز شهادته إذا كان في الورثة نساء مِمن لا يثبت له الولاء، وإن لَمْ يكن في الورثة إلاَّ من يثبت له الولاء جازت شهادته عليهم. هذا نص قوله في المدونة وغيرها. وأما إن أعتقا العبيد ثم شهدا بعد تنفيذ العتق لهم أن الميت أوصى بذلك إليهما لم تجز شهادتهما لأنهما يشهدان على فعل أنفسهما ليجيزاه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن رجل أوصى في جارية له أن تباع رقبةً فأبت الجارية وأحبت البيعَ على غير عتق، قال: إن كانت الجاريةً رائعةً رأيت أن تباع على غير شرط في العَتَاقَة وإن كانت من الخدم مِثْل ثَمَن سِتِّينَ ديناراً رَأَيت أن تباع رقبة بشرط.

قال محمد بن رشد: هذا في الوصايا الأول من المدونة أنها إن كانت من جواري الوطء ممن تتخذ، كان ذلك لها، وإن لم تعَن منهن بيعت ممن يعتقها إلَّا أنه لم يذكر في أثمانهن حداً. وقال في كتاب العيوب منها إن أثمانَ الخمسين والستين من المرتفعات، فقيل إن ذلك لما ها هنا إذ جعل أثمان الخمسين والستين من المرتفعات. والصواب أن ذلك اختلاف من القول، فأثْمَان الخمسين والستين من المرتفعات اللاتي تجب المواضعة فيهن ولا يجوز التَّبَرّي مِنْ حملهن وَلَسْنَ من المرتفعات اللائي لهن أنْ يُبعن على غير شرط فتبطل الوصية فيهن، بدليل قوله في سماع أبي زيد: وأثمان الستين ليست بِرائعة في هذا. قال في كتاب الوصايا الأول من المدونة، وقد قيل لا ينظر إلى قولها وتُبَاع للعتق إلَّا ألَّا يُوجَدَ من يشتريها بوضيعة الثلث إن كان للميت مال يحمل الجارية. وقوله إن كان للميت مال يحمل الجارية مفسر عندي لقول ابن القاسم وروايته عن مالك، لأن الرجل لو أوصى أن يُباع عبده لم يجز ذلك على الورثة إذْ لم يحمله ثلث، وقد قال ابن لبابة في قوله في المدونة بيعوا عبدي من فلان لَمّا لم يأمر الموصي أن يعطاه إلَّا بثمن لم يقل أحد إنه ينظر إلى العبد إن كان يخرج من الثلث أمْ لا يخَرج منه. وليس قوله بصحيح إذ ليس للميت أن يحجر على ورثته إمساك عبد من

عبيده إذا كان أكثر من ثلث ماله، وإنما كان للجارية الرائعة أن تباع على غير العتق لأن العتق أَضَرُّ بالجارية النفيسة. قال ابن المواز: وهو كما قال، لأنها قد تتخذ أمّ ولد فتعتق فيكون ذلك خيراً لها، والخادِم تبقى مملوكةً أبداً فلا تعتق أحسنُ لها وإن لم ترض بذلك. قال ابن المواز: وقد أبطل مالك وصية ابن سليمان إذْ أوصى أن يعتق جواريه بعد سبعين سنة وَرَآهُ من الضرر. قال ابن المواز: فإن بيعت بشرط العتق وضع ثلث ثمنها، وإن بيعت بغير شْرط لم يوضع من ثمنها شيء، وبالله التوفيق.

ومن كتاب طلق بن حبيب

وسئل مالك عن رجل يوصي في جارية له لَها القدرُ أن تخير فإن شاءت بيعت وإن شاءت أعتقت، ويعتقها بعض من كان ورثها ولعله قد كان بينه وبينها شيء. قال: ليس عتقه بشيء، وأرى أن تباع إن اختارت البيع، ثم قال ما لهم ولها يعتقونها ليس لهم من ذلك شيء، هو ماله يصنع فيه ما أحب يعني المُوصِي فلا أرى لهم في ذلك قضاء حتى ينفذ من جعل ذلك له، فإما أعتق وإما باع ليس للورثة في ذلك قضاء.

قال محمد بن رشد: قولُهُ هو مالُه يصنع فيه ما أحب يريد فتُنفَّذُ فيه وصيتُهُ بالتخيير لها بين البيع والعتق، وذلك إذا كان الثلث يحملها، والمسألة متكررة في رسم جاع من سماع عيسى. وقال في سماع سحنون إن لها أن ترجع إلى البيع بعد أن اختارت العتق، وإلى العتق بعد أن اختارت البيع ما لم يفت الأمر فيها بالبيع والتقويم في العتق، وقال في رسم القطعان من سماع عيسى: إنها إن اختارت البيع فبيعت ثم ردت فقالت أنا أحب أن أُعتق الآن قال ليس ذلك لها. وقال ابن وهب: ذلك لها لأن بيعها لم ينفذ. ومعناه إذَا رُدَّت بعيب، فالاختلاف في هذا على الاختلاف في الرد بالعيب هل هو نقض بيع أو ابتداء بيع، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الصدقة والوصيةِ والرجلُ في مرضه ولا يحملها الثلث أتَرَى أن يبدأ بالصدقة؟ قال: لَا بَلْ يتحاصون. وقد سألني رجل عن رجل أوصى ليتيم ولقوم فلم يَسَعْ ذلك الثلثُ فقال الرجل إنّ اليتيم محتاج كأنه رَآهُ من وجه الصدقة فقلتُ له: هم يتحاصون. فقيل له أفرأيت إن قال في الصدقة بَتْلاً لا رجوع فيها عشت أو مت، قال: فلا أدري، قلت له أفيتحاص الذي تصدق بها عليه والذي أوصى له؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: ظاهرُ هذه الرواية أنّ السؤال فيها إنما هو عن الوصية بالصدقة

والصدقَةُ على سبيل العطية هل يتحاصان الوصية بالصدقة على الوصية على سبيل العطية. فقال: إنهما يتحاصان. ولا اختلاف أحفظه في ذلك. وقد رأيت لابن دحون أنه قال: قد قيل إن الصدقة تقدم على الوصية لأنها للفقراء والوصية للأغنياء فتؤخذ. ولا أعرف هذا القول ولا له وجه يصح، إذ قد يتصدق الرجل على الغني ويعطي الفقير، فلو كانت الصدقة على الغني تبدأ على العطية للفقير لَبَطَلت العلة التي عللت بها تبدية الصدقة على العطية، وإن قلت إن العطية تبدأ على الصدقة من أجل أنها على فقير لزمك أن تبدي الوصية للفقير على الوصية للغني. وذلك خلاف الإجماع، وإنما الاختلافُ المعلومُ في الصدقة المبَتَّلة في المرض والوصية، هل يتحاصان بعد الموت لاتفاقهما جميعاً على أنهما من الثلث، أو تبدأ الصدقة المبتلة من أجل أنها تلزم المتصدِّق إن صح من مرضه. فروى الحارث عن ابن وهب قال: سمعت مالكاً يقول في الرجل يتصدق بالصدقة في مرضه ويوصي للناس بوصايا ثم يموت فيريد أهل الوصايا أن يدخلوا على المتصدق عليه في الصدقة قال: لا أرى ذلك لهم، لأنه لو عاش ثُمّ أراد أن يرجع في صدقته لم يكن ذلك لَهُ ومثل هذا في كتاب ابن حبيب وفي المختصر لابن عبد الحكم عن مالك، وقد اختلف قولُ مالك من هذا الأصل فيمن بتل عتق عبد في مرضه وأوصى بعتق عبد له آخر، فكان أولَ زمانه يقول إنه يبدأ المبتل في المرض ثم رجع إلى أنهما يتحاصان وهو الذي يأتي على ما في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس من أن للرجل أنْ يرجع عما حبسه في مرضه إن مات منه وقد مضى الكلام على ذلك هناك مشروحاً فلا معنى لِإعادته.

ومن كتاب سَنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال ابن القاسم ولو أن رجلاً أوصى بعتقٍ بتلٍ ودبر قال: إن كان في كلمة واحدة تحاصا وإن لم يكن ذلك في كلام واحدٍ يبدّأ بالأول في الأول.

قال محمد بن رشد: قولهُ أوصى بعتق بتل لَا يستقيم. فمعناه أنه بتل عتقه في مرضه ودبر عبداً له آخر، وفي ذلك ثلاثة أقوال. أحدها قوله في هذه الرواية إنهما يتحاصان إن كان ذلك في كلمة واحدة أي في كلام متصل. وهذا عندي على القول بأنه ليس له أن يرجع عما بتله في مرضه إن مات منه خلافُ ما في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس من أن للرجل أن يرجع عما حبس في مرضه إن مات منه. والقول الثاني أن المدبر يبدأ على المبتل. وهذا عندي على القول بأن له أن

يرجع عما بتله في مرضه. والقول الثالث أنه يبدأ المبتل في المرض بما له من مزية عليه في أنه إن صح من مرضه عجل عتقه. وهذا كله إذا كان التدبير والتبتل في فور واحد. وأما إن كان أحدهما قبل صاحبه فيبدأ الأول. واختلفَ قولُ مالك في تبدية العتق المبتل في المرض والمدبر فيه على الموصي بعتقه فقال يبدأ المبَتل والمدبر. وقال أشهب يتحاصان. قال: وبلغني أن هذا أحد. قولي مالك، فأما الاختلاف في المبتل في المرض والموصي بعتقه فله وجه. وهو ما ذكرت من الاختلاف في الرجوع في المبتل في المرض. وأما المدبر في المرض والموصي بعتقه فلا وجه للقول بأنهما يتحاصان، لأن الموصي بعتقه يصح الرجوع عنه باتفاق، والمدبر لا يصح الرجوع عنه باتفاق، فوجب ألّا يختلف في تبدية المدبر وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن امرأة مرضت فأوصت أن عندها خمسة وثلاثين درهماً وأن لها على زوجها أربعة أبعرة، فقالت لزوجها وللورثة إما أن تجعلوا الخمسة والثلاثين الدرهم التي عندي في سبيل الله، وإما أن تجعلوا بعيراً مما لي على زوجي في سبيل الله وتأخذوا الخمسة والثلاثين الدرهم، فلما حضرتها الوفاة سألوها عن الدرهم فلم تخبرهم وهلكت. قال مالك: أرى أن يخرج عنها في ثلثها البعير الذي جعلته من الأربعة الأبعرة التي لها على زوجها، ولا ينظر في شأن الدراهم التي لم توجد.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، لأن الدراهم التي لم توجد مصيبتها منهم، ولا بد من تنفيذ وصيتها بإخراج البعير من الخمسة الأبعرة التي لها على زوجها، وإنما ذلك بمنزلة من أوصى بعتق أحَدِ هَؤلاءِ الأعبد الخمسة فمات منهم واحد قبل موته وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن امرأة هلكت وأوصت إلى امرأة بوضع ثلثها في مواضع وأن تجعل البقية حيثُ أراها الله، فكانت تقسمه ثم إن المرأة احتاجت التي استخلفت فقالت هل ترى لي أن آخذ منه شيئاً؟ قال: لا أرى أن تأخذي منه شيئاً ولا تأكليه.

قال محمد بن رشد: إذا كانت الموصية قد فوضت إلى هذه المرأة جعل البقية حيث أراها الله من وجوه البر، فكان الذي أراها الله بوجه الاجتهاد أن يفرق تلك البقية في المَسَاكين فاحتاجت هي حتى صارت في الحاجة بمنزلة من يفرق عليهم تلك البقية من المحتاجين، فلها أن تأخذ منها لنفسها مثل ما يعطي غيرها على ما قاله في رسم

البز من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات في الذي خرج غازياً فبعث معه بمال ليعطي منه كل منقطع به فاحتاج هو ولم يكن عنده ما يقوي به إنّ له أن يأخذ منه بالمعروف والمعروف في ذلك هو أن يأخذ منه مثلَ ما يُعطي غيرَه ولا يُحَابى نفسَه في ذلك، وجوازُ ذلك يتخرج على قولين حسبما بينا وجهه هناك. وأما إن كان الذي أراها الله بوجه الاجتهاد من وجوه البر في تلك البقية جَعْلَهَا في غير الصدقة أو في الصدقة على من ليس مثل حالها فلا يصح لها أن تأخذ لنفسها من ذلك شيئاً وإنْ كانت محتاجةً وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: أخذ يشرب خمراً

وسئل عن رجل أوصى لجارية له بعشرة دنانير من ثمنها أتراه عتقاً؟ قال: لا ليس هذا عتقاً. قال عيسى. قال ابن القاسم وإذا أوصى لها ببعضها لم يعتق منها إلَّا ما أوصى إلَّا أن يكون لها مال فيقوم بقيتها في مالها فيعْتق على نفسها وإذا أوصى لها بثلثه عتقت في ثلثه وقومت فيه، لأنه حين عتق عليها من نفسها شقص أيحمل عليها مَا بقي من عتق نفسها بمنزلة من أعتق شِرْكاً له في رأس فكان يُقوم عليه، فالذي يعتق عليه يتبعض عن نفسه أحْرى أن يُقَوّم عليه ما بقي من نفسه فيما يملك. وهو قول مالك. قال ابن القاسم: ولو كان فيما أوصى لصاحبه ما لا يتم به عتقُها وكان لها مالٌ قبل ذلك عتقت فيه وأخذ منها.

قال محمد بن رشد: أما الذي أوصى لجاريته بعشرة دنانير من ثمنها فبين أنه لا يعتق منها شيء لأنه إنما أوصى لها بعشرة دنانير، فسواء كانت من ثمنها أو من غير ثمنها، بل إذا كانت من ثمنها فهو أحرى ألَّا يعتق شيء منها فيها، لأنه إنما أوصى لها بالعشرة بعد أن تباع. وأما إذا أوصى له ببعضها. فلا اختلاف في أنه يعتق منها ما أوصى لها به من نفسها إذ قد علم أنه لا يصح لها ملكُ نفسها، أَلا ترى أنه من قال لعبده قد وهبت لك نفسك أنه بذلك حرّ. وإنما اختلف إذا أوصى لها ببعضها ولها مَال هل يعتق بقيتها على نفسها في مالها أم لا؟ فقال في هذه الرواية إنه يقوم بقيتُها على نفسها في مالها، وهو قول ابن القاسم في المدونة وروايته عن مالك، ومثله في سماع عيسى ويحيى. وقيل إنه لا يقوّم عليها بقيتُها في مالها. وهو قول ابن وهب وروايته عن مالك في المدونة.

وأما إذا أوصى لها بثلثه فقيل إنها لا يعتق منها إلَّا الثلث وهو قول ابن وهب من

رأيه. وقيل إنه يعتق منها الثلث ويقوم بقيتُها على نفسها فيما بقي من الثلث، فإن لم يحملها الثلثُ رَقّ ما بقي منها ولم يقوم عليها في مالها إن كان لها مال من غير الثلث، وهو قول مالك في رواية ابن وهب في المدونة. ووجه هذا القول أنه إذا أوصى لها بثلث ماله فقد قصد إلى حريتها فيه، وكأنه أوصى أن تعتق فيه وأن تعطى بقيته إن كان فيه فضل عن رقبتها وهذا القول اختيار سحنون فقال فيه إنه أعدلُ الأقوال.

ووجه قول ابن وهب أنه إذا أوصى لها بثلث ماله فقد قصد إلَى حرية ثلثها وأن تعطي بقية ثلث ماله، فوجب أن يعتق ثلثها وأن تعطي بقية ماله ولا تعتق فيه ولا في مال إن كان لها سِوَاهُ لأنه هو المعتق لثلثها إذا أوصى لها به وهو يعلم أنه لا يصح لها ملكُه، فكان بمنزلة إذا أوصى أن يعتق ثلثها وتعطي بقية ثلث ماله.

ووجه قول ابن القاسم وروايته عن مالك ما ذكره في الرواية من أنه إذا أعتق عليه بعضها وجب أن يقوم عليها بقيتها فيما بقي من الثلث وفي سائر مالها إن كان لها مال بمنزلة من أعتق شركاً له في عبد أنه يقوم عليه بقيتُهُ في ماله. وعلى هذا الاختلاف يأتي الاختلاف في تبدية الوصية للعبد في ثلثه على الوصايا حسبما يأتي القول فيه في رسم أسلم من سماع عيسى إن شاء الله. وأما إذا أوصى له بدنانير أو بعرض من العروض فلا يعتق شيء منه في ذلك باتفاق إلَّا أن يكون ذلك أكثرَ من الثلث فلا يجيز ذلك الورثة حسبما يأتي القول فيه في رسم الرهون من السماع المذكور إن شاء الله وبه التوفيق.

مسألة:

قال وسئل عن رجل كان شريكاً لرجل فمرض أحدهما فأوصى إن فلاناً عَالِمٌ بمالي فما دفع إليكم من شيء فهو فيه مصدق ولا يمين عليه في ذلك، فرُفع أمرُه إلى السلطان وأتى بما قِبَلَه من الناض فقسمه بينه وبين ورثة شريكه، ثم أقام يقتضي ويقسم أقام بذلك عشر سنين وكتب له السلطان براءة من ذلك، وبقي بينهما دين وبلغ الورثةَ فقالوا نُرِيدُ أن نستحلفك فيما اقتضيت أترى ذلك لهم وهذا الأمر منذ عشر سنين وقد كتب له السلطان منه البراءة؟ قال مالك: أرى أن ينظر السلطان في ذلك ويكشف أمره، فإن رأى أمراً صحيحاً لم أرَ أن يستحلفه وإن استنكر شيئاً رأيت أن يحلف، فقال له الرجل يا أبا عبد الله بعد عشر سنين؟ قال نعم إن رأى ذلك أمراً يُسْتَنْكَرُ.

قال محمد بن رشد: هذه اليمين في أصلها يمين تهمة وقد اختلف في لحوقها، وتوصية الميت بإسقاط اليمين عنه لا يَلْزَم الورثةَ، لأن الحقّ قد صار إليهم في المال بموته، فإن اتهموه استحلفوه على القول بلحوق يمين التهمة. فلذلك قال إن السلطان

ينظر في ذلك فإن رأى أمراً صحيحاً لم تجب لهم عليه يمين، وإن رأى أمراً يستنكر أوجب لهم عليه اليمين وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: يسلف في المتاع

وسئل عن رجل أوصى بابنه إلى أمه وأوصى أن ينفق عليها حيث كانت، قال مالك: إن كان صغيراً وكانت محتاجة وكانت تلي مؤنته وحضانته فأرى أن ينفق عليها. فقيل له أرأيت إن كانت غنية؟ قال مالك: ينظر في ذلك فإن كان ذلك أرفق به في حضانته والقيام به "وأنه لو انتزع منها تكلف به من يقوم له عليه ويحضنه" رأيت أن ينفق عليها من مال الغلام. وكأني رأيته لا يَرَى لَهَا النفقة إلَّا في صغر الصبي. قال ابن القاسم: رجع عنه وقال إن كانت محتاجة أنفق عليها، وإن كانت مُوسرة لم ينفق عليها فإن شاءت أقامت على ولدها وإن شاءت ذهبت حيث شاءت وعلى هذا نَبّه غير مرة وهو رأيي.

قال محمد بن رشد: اختلف قولُ مالك في إيجاب النفقة لِلْحَاضِنِ بحق الحضانة فأوجب ذلك لها في رسم شك في طوافه في سماع ابن القاسم من كتاب النكاح، ولم يوجب ذلك لها في رسم شك المذكور من سماع ابن القاسم من كتاب طلاق السنة. ولا في رسم الطلاق الثاني من سماع أشهب منه، والاختلاف في ذلك جار على اختلافهم في الحضانة هل هي من حقّ المحضون أم من حقّ الحاضن فمن رآها من حقّ المحضون أوجب للحاضن أجرته في حضانته وكراء سكناه معه، ومن رآها من حقّ الحاضن لم يوجب له ذلك، لأنه لا يستقيم أن يكون من حقه أن يكفله ويَأْويه إلى نفسه ويجب له بذلك عليه حق. وتفرقةُ مالك في هذه الرواية بين أن يوجد من يحضن الصبي دون نفقة أو لا يوجد إن نُزِعَ من أمه قولٌ ثالث في المسألة وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: كتب عليه ذكر حق

وسئل مالك عن رجل أوصى إلى امرأته بولده منها ولم يقل إن تزوجت فانزعوهم منها، فأرادت التزويج، قال أرى إن عزلتهم في بيت على حدة وأقامت لهم ما يصلحهم من خادمهم ونفقتهم فأراها أولى بهم، وإن لم تفعل انتزعوها.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القولُ عليها في رسم حلف قبل هذا فلا وجه لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: الشريكين يكون لهما مال

وسئل مالك عن رجل أوصى بوصية إلى وارث أو غير وارث. قال ثلثي يجعل حيث أَرَادَ الله. قال مالك: إن كان جعل ذلك إلى وارث هو له فليس له أن ينفذ شيئاً من ذلك إلَّا أن يعلم الورثة ويخصوهم، وإن كان جعل ذلك إلى غير وارث فإنه ليس له أن يأخذه لنفسه ولا لولده ولا لحاضنةٍ من الناس إلَّا أن يكون لذلك وجه يسميه ويذكره ويُعرف أن الذي أعطى أهْلاً لذلك وليس لغير الوارث أن يكتم ما صنع ولا أن يعيبه ولا أرى عليه يميناً في ذلك، وليس الحديثُ في ذلك مثلَ القديم. فأما الأمر القريب العادة من ذلك فإنه يعلمه، وأما ما قدم من ذلك وطال فليس عليه تجديد ذلك وذكره، والورثة هم أهملوا ذلك بحضرة ذلك وحدثانه.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إنه إذا فوض تنفيذ الوصية إلى غير وارث فليس له أن يأخذها لولده ولا لحاضنةٍ من الناس إلَّا أن يكون لذلك وجه يعرف فيه صواب فعله لأنه يتهم في ولده وَخَاصَّتِهِ من الناس فعليه إذا فعل ذلك أن يُعْلِمَ الورثةَ به. قال أصبغ إلَّا أن يكون الورثةُ صغاراً فعليه أن يعلمهم إذا كبروا، لأن ذلك من القضاء لنفسه. فعلى ما ذكرته في رسم سَنّ قبل هذا في الذي يوصي إِلَى المرأة أن تجعل ثلثه حيث أراها الله. وقوله ليس له أن يكتم ما صنع ولا يعيبه. معناه أن ذلك ليس من الحظ له أن يفعله فيعرض نفسه للتهمة فإن فعل ذلك وعيبه وادعى أنه قد نقده فلا غرم عليه فيه إلَّا أن يتبين كذبه، وهو مصدق في ذلك مع يمينه ما لم يتبين كذبه إلَّا أن يطول الأمرُ فلا يكون عليه يمين، هذا معنى قوله في الرواية: ولا أرى عليه يميناً في ذلك، وليس الحادث في ذلك مثلَ القديم، يريد أنّ القديم يصدق فيه بلا يمين، والحادث يصدق فيه مع يمينه. وقد وقع في بعض النسخ فإنه ليس له أن يأخذه لنفسه ولا لولده ولا أن يحابي منه أحداً من الناس. وذلك بين في المعنى. وقد مضى في أول مسألة من السماع القولُ على بقية المسألة فلا معنى لِإعادة ذلك وبالله التوفيق.

ومن كتاب اغتسل على غير نية

وقال في ولي اليتيم إنْ كان في حجره وكان لليتيم غنم ودابة أيشرب من لبنها ويركب دابته؟ قال إن كان للبن ثمن وهو في موضعٍ له ثمن، فلا أحبه وإن كان في موضع ليس له ثمن فلا أرى به بأساً وأما دابته فلا أَحب له أن يركبها ولا أحب له إن كان له مال عنده أن يستلفه.

قال محمد بن رشد: اتفق أهلُ العلم جميعا على تحريم أكل مال اليتيم ظلماً وإسرافاً وعلى أن ذلك من الكبائر لقول الله عزْ وجل: ﴿الّذِينَ يَأْكُلونَ أمْوَالَ اليَتَامَى ظُلْماً إنَّمَا يأكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً﴾ [النساء: ١٠]. وقوله تعالى ﴿وَلَا تَأكُلُوهَا إسرافا وَبِدَاراً أنْ يَكْبَرُوا﴾ [النساء: ٦]. واختلفوا في القدر الذي يجوز للأوصياء من ذلك ويسوغ لهم لقول الله عزْ وجل: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦]. فذهب مالك وأصحابه إلى أنه لا يجوز للوصي أن يأكل من مال يتيمه إلَّا بقدر اشتغاله به وخدمته فيه وقيامه عليه إن كان محتاجاً إلى ذلك. قاله محمد بن المواز في كتابه عمن حكاه عنه من أهل العلم. وذلك على ما جاء عن عبد الله بن عباس. أنه قال للذي جاءه فقال له إن لي يتيماً أَفَأَشْرَبُ من لبن إبله. قال ابن عباس: إن كنتَ تبغي ضالة أبله وتلي حرصها وتسقيها يوم وُرُودِها فاشرب غيرَ مُضِر بنسل ولا ناهِكٍ في الحلب. وأما إن كان غنياً عن ذلك فلا يفعل. لقول الله عزْ وجل: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِياً لْيَسْتَعْفِفْ﴾.

وقد قيل إن للغني أن يأكل منه بقدر قيامه عليه وخدمته فيه وانتفاع اليتيم به في حسن نظره له. فإن لم يكن له في ماله خدْمة ولا عمل سوى أنه يتفقدُهُ ويشرف عليه لم يكن له أن يأكل منه إلَّا ما لا ثمن له ولا قدر لقيمته مثل اللبن في الموضع الذي لا ثمن له فيه على ما قاله في هذه الرواية ومثلُ الفاكهة من ثمر حائطه على ما قاله في أول سماع أشهب من كتاب الجامع، ولا يركب دوابه ولا ينتفع بظهر إبلِه ولا يَسْتَسْلِفُ من ماله. ومن أهل العلم من ذهب إلى أن لولي اليتيم إذا كان فقيراً أو احتاج أن يأكل من مال يتيمه بغير إسراف ولا قضاء عليه فيما أكل منه، لقول الله عزْ وجل: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾. واختلف في معنى ذلك، فقيل هو أن يأكل من ماله بأطراف أصابعه ولا يكتسي منه، وقيل هو مَا سَدّ الجوع وَوَارَى العَوْرَةَ ليس لبس الكتانِ ولا الحُلَلَ، وقيل هو أن يأكل من ثمره ويشرب من رسل ما شِيته بقيامه على ذلك. وأما الذهب والفضة فليس له أخذ شيء منها إلَّا على وجه القرض. وقيل له أن يأكل من جميع المال وإن أتى على المال وليس عليه قضاء. وقيل معنى قوله عزْ وجل: ﴿فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ هو أن يأخذ من ماله قدر قوته قرضاً فإن أيسر بعد ذلك قَضَاهُ. روى هذا القول عن سعيد بن المسيب. وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: إني أنزلت مال الله مني بمَنْزِلَةِ مال اليتيم إن استغنيت استعففتُ وإن افتقرت أكلتُ بالمعروف فإذا أيسرتُ قضيته وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال من قال ثلثي في سبيل الله وفي المساكين وفي الرقاب، أو في سبيل الله وحدهُ أو لفلان ثلثي وحدهُ ولفلان مائة دينار، أو قال في سبيل الله أو في المساكين أو في الرقاب أو في سبيل الله ولفلان ثلث مالي، قال يعارلون الذي سمى له المائة.

قال محمد بن رشد: قال في هذه الرواية إن الوصية بالجزء والتسمية يحاص بينهما ولا يبدأ أحدهما على الآخر سواء كانت التسَمية لمعين والجزء لغير معين في وجه واحد أو في وجوه شتى أو كان الجزء لمعين والتسمية لغير معين في وجه واحد أو في وجوه شتى. ومثله في رسم الوصايا الأول من سماع أشهب. وفي رسم الكبش من سماع يحيى، وروى ذلك أيضاً علي بن زياد عن مالك، وذلك إذا أبهم التسمية ولم يقل فيها إنها من الثلث مثل أن يقول عشرة دنانير من ثلثي لفلان أو في وجه كذا منه ولفلان أو في وجه كذا ثلثي أو قال لفلان أو في وجه كذا ثلثي ولفلان أو في وجه كذا منه عشرة دنانير فإن التسمية تبدأ قاله في رسم الوصايا المذكور. ولا خلاف في ذلك إذا أتى بمن قدمها أو أخرها إلَّا أنه إذا أخرها كان الأمر في التبدية آكد. وقد روى عن مالك أن التسمية تقدم على الجزء. وروي عنه أن الجزء يقدم عليها، فهي ثلاثة أقوال لمالك إذا لم يأت في ذلك بمن وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى عند موته بما كان له وعليه، فوُجِدَ فيما أوصى به على رجل منهم حقّ هو أكثر مما أوصى به. أترى أن يشتري ما قبله؟ قال: نعم ولعله أن يكون قد وَهِمَ فأرى أن يستبرىء ما قبله.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال وهو مما لا إشكال فيه والحمد لله.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى لعمةٍ له بدين لها عليه ولقوم آخرين بديون والذين أوصى لهم من الأباعد لهم بها شهود وليس للعمة شهود. قال لا يجوز في مثل هذا لِذَوي الأرحام إلَّا أن يكون لهم ثبت، فإن لم يكن لهم ثبت فإني أرى الأباعدَ ممن لهم ثبت أحَقّ بماله وإن كان ممن لا يتهم عليه من ذوي رحمة، وإن لم يكن لهم بينة فإني أرى ذلك لهم ثابتاً.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أن ما تركه الميت من المال لا يَفِي بما أوصى به لجميعهم مثل أن يكون ترك مائتي دينار فأقر لرجلين أجنبيين بمائة ومائة

ولعمته بمائة فإن كان للأجنبيين بينة على مالهما كانا أحق بالمائتين لأن من عليه دين يغترف مَالَه، فلا يجوز إقراره لصديق ملاطف ولا من يتهم عليه من ذوي رحمة، وإن لـم يكن لهما بينة على مالهما بما أقرّ لهما به خَاصَّتْهُمَا العمةُ في المائتين بما أقرّ لها به أيضاً بمنزلة إذا كانت لكل واحد منهم بينة على ما أقرّ لهم به، إذْ لا حجة للأجنبيين على الميت فيما أقرّ به للعمة إذا لم يكن لهما بينة، إذ لو شاء لم يقرّ لهما بشيء. وهذا بين إذا أقرّ لَهُمْ معاً أو أقرّ للعمة قبلُ، وأما إذا أقرّ للأجنبيين قبلُ فيتهم أن يكون أراد أن تدخل العمة عليهما فيما قد تقرر لهما ووجب بإقراره لهما أولاً.

مسألة:

وقال مالك في رجل أوصى بوصية وأوصى فيها بأن غلاماً له يخدم فلاناً ما عاش، فإذا مات فَمَرْجُوعُهُ إلى ورثته، وأوصى أن فضلةَ ثلثه لفلان، فمكث الرجل الذي أخدم الغلامَ يسيراً ثم مات، هل للرجل الذي أوصى له ببقية الثلث في العبد حقّ أم لا؟ قال مالك: إذا رجع العبد إلى ورثة الموصي كان للذي أوصى له ببقية الثلث.

قال محمد بن رشد: مثلُ هذا في رسم أسلم من سماع عيسى لمالك أيضاً من رواية ابن القاسم. وقال عيسى بن دينار من رأيه: لا شيء للموصى له ببقية الثلث في مرجع الغلام إذا قال الموصي فإذا مات فمرجوعه إلى ورثته. وجه قول مالك أن قول الموصي وإذا مات فمرجوعه إلى ورثته لا تأثير له فيما يوجبه الحكمُ، لأنه لو سكت عنه لكان مرجوعاً إلى ورثته أي إلى حكم ماله المورث عنه بعد الوصايا بقوله يخدمه ما عاش، فإذا رجل إلى ورثته على هذا الوجه وجب أن يدخل فيه الوصايا، فيكون للموصى له بقيةُ الثلث لأنه بقيةُ الثلث. ووجه قول عيسى اتبَاع ظاهر لفظ الموصِي في قوله إنه يرجع إلى ورثته لأن الظاهر منه أن يرجع إليهم ملكاً، ولما كان لو سكت عن هذا اللفظ كان للموصى له ببقية الثلث، أعتبر اللفظُ فلم يجعله ملكاً لا حكم له. فقول مالك أصح من جهة المعنى. وقول عيسى أظهر من جهة اللفظ وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل يُوصِي لرجل بدين فيُطْلَبُ فلا يُوجد، قال مالك: فيتصدق به عنه، ويقال اللهم هذا عن فلان.

قال محمد بن رشد: وقعت هذه المسألة في هذا الرسم بعينه من هذا السماع من كتاب المديان والتفليس. فقال فيها فلا يوجد ولا يعرف معناه أنه لا يعرف موضعه، لأنه إذا لم يعرف فلا يصح أن يؤخذ ذلك، يفترق بين أن يكون الموصى له لا يُعْرَفُ أو

يعرف فلا يُوجَدُ. فأما إذا كان لا يعرف فيفترق الأمر فيه بين أن يكون الموصي يورث بِوَلَدٍ أو كَلَالَةٍ، فإن كان يورث بولد جاز إقرارُهُ من رأس المال إن أوصى أن يتصدق به عنه أو يوقف له، فإن وقف فلم يأت له طالب تصدق به على ما قاله في سماع أبي زيد. واختلف إن كان يورث بكلالة. فقيل إن أوصى أن يحبس ويوقف حتى يأتي له طالبٌ فذلك من رأس المال، وإن أوصى أن يُتَصَدَّق به عنه لم يقبل قوله، ولم يخرج من رأس المال ولا من الثلث. قال هذا في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب المديان والتفليس. وقيل انه يكون من الثلث. وهذا القول قلم من كتاب المكاتب من المدونة. وقيل إنه إن كان يسيراً جاز من رأس المال ووقف، فإن لم يأت له طالب تصدق به، وإن كان كثيراً لم يكن في رأس المال ولا في الثلث. قاله في سماع أبي زيد، ونحوه في أول رسم من سماع عيسى بعد هذا من هذا الكتاب.

وأما إن كان يعرف فطلب ولم يوجد فسواء كان الموصي يورث بكلالة أو ولد الوصية جائزةٌ من رأس المال، ويوقف ما دام يُرْجَى وجودُهُ فإن أُيس منه تصدق به كما يفعل باللُّقَطَةِ بعد التعريف فإن وجد صاحب الدَّين بعد التصدق غرمه له الذي تصدق به إلّا أن يشاءَ أن يُجِيزَ الصدقة وينزل على أجرها وبالله التوفيق.

ومن كتاب البز

قال وسئل عن الرجل يوصي للرجل بالعبد في وصيته ولِلْعَبْدِ مال لمن ترى ماله؟ قال: إني لَا أرَى أن يكون شبيهاً بالعتق، وأن يكون مالُهُ لمن أوصى له به. قال: فقلتُ له أَفَتَرَاه مخالفاً الصدقة والهبة إذا تصدق به أو وهبه؟ قال: نعم، إني لا أرى ذَلِكَ مخالِفاً لهما. قال ابن القاسم: وقد كان قال مالك قبل ذلك هو مثلُ الهبة والبيع، ثم رجع فقال أراه شبيهاً بالعتق وأن يسلِمَ ماله للذي أوصى له به مع رقبته وثبت عليه، ورأيت مالكاً مستحسنا له ومستبصراً فيه وهو أحب قوله إلي.

قال محمد بن رشد: اختلف قول مالك في العبد الموصى به فمرة رآهُ لِوَرَثَة الموصي قياساً على البيع، لأن العبد الموصى به يخرج بالوصية من مِلْكٍ إلى ملك، فأشبه البيعَ، وهو أحد قوليه هنا وقولُهُ في رسم الوصايا الأول من سماع أشهب بعد هذا، ومرة رآه للمُوصَى له به قياساً على العتق، بخلاف البيع، لَمّا كَانَت الوصيةُ على سبيل المعروف كالعتق، ولم يكن على سبيل المُكَايَسَةِ كالبيع. وهو أحدُ قوليه ها هنا وقولُهُ في رسم العرية من سماع عيسى بعد هذا وَلَم يختلف قولُهُ في الصدقة والهبة أن

المال فيهما يبقى للواهب والمتصدق كالبيع، فلا يكون تبعاً للعبد كما هو في العتق إلّا أنّ الخلاف يدخل فيهما بالمعنى قياساً على الوصية لأنهما أيضاً من ناحية المعروف كالوصية وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن الرجل يوصي بثلثه ويوصي فيه بوصايا فتدعي امرأتُهُ حَمْلاً أترى أن تُؤَخر الوصايا حتى تضع ويستبرأ ذلك منها؟ قال: نعم، إني لأَرَى أن يؤخر ذلك. قال أشهب تنفذ الوصايا من ثلثه قبل وضع الحمل، وخالفه أصبغ وقال بقول مالك في سماع أصْبغ من كتاب الكراء والأقضية.

قال محمد بن رشد: قولُ أشهب وأصبغ ليس في جميع الروايات، وفي المبسوط لابن نافع عن مالك مثلُ قول أشهب، قال يعطي صاحب الثلث الثلث، وتؤخر قسمة الورثة حتى تضع المرأة. وقال ابن أبي أويس عن مالك أرى أن تؤخر الوصايا حتى تضع المرأة ويستبرئ ذلك. وقال محمد بن مسلمة مثلَ ذلك وقال لأنما يهلك من يهلك من رأس المال وما زاد في رأس المال، فيكون ما أخذ الموصى له قد استوفى على غير ما أخذوا. وهو تعليل صحيح بين، لأن المال إن تلف في التوقيف بَعْدَ تنفيذ الوصايا وجب للورثة الرجوعُ على الموصى لهم بثلثي ما قبضوا، ولعل ذلك قد فات بأيديهم وهم غرماء فيخسروا. والاختلافُ في هذه المسألة جارٍ على الاختلاف في الموصى له بالثلث يَطْرَأُ على الورثة بعد اقتسامهم الشركة هل يكون حكمُهُ حكمَ الغريم يطرأُ على الورثة وحكم الوارث يطرأ عليهم. فعلى القول بأن حكمه حكم الغريم يطرأ على الورثة يعطي صاحبُ الثلثِ الثلثَ، ويوقف سائرُ المال للورثة حتى يوضع الحمل، فيكون النمَاءُ لهم والضمانُ عليهم لا يرجعون على صاحب الثلث بشيء إن تلف المال، ولا يرجع صاحبُ الثلث عليهم بشيء إنْ نَمَا المالُ وعلى القول بأن حُكْمَهُ حكمُ الوارث يطرأ على الورثة يوقف جميعُ المال حتى تضع الحمل، ولا يُعَجل للموصى له بالثلث كما لا يعجل للأب السدس إذا مات ابنه وله ولد وامرأته حامل، ولا لامرأته الثمن حتى يوضع الحمل وأن كان للأب السدس وللزوجة الثمن على كل حال وضع الحمل ذكراً أو أنثى وإن فشا فإن عجل الورثة للموصى له بالثلث الثلثَ ووقفوا بقية المال فتلف قبل أن يوضع الحملُ- وجب على قياس هذا القول أن يرجع الوارث على الموصى له بثلثي الثلث الذي قبض وإن نما المال رجع الموصى له عليهم بثلث النماء ولم يكن بينهم تراجع على قياس القول القول الثاني ولو كانت

الوصية إنما هي بِعَدَدٍ من دنانير أو دراهم لوجب أن يعجل بتنفيذ الوصية وتُؤخر قسمة بقية المال حتى يوضع الحمل قولاً واحداً إذْ لا اختلاف في أن الوصية بالعدد كالدين في وجوب إخْرَاجِهَا من التركة قبل القسمة لقول الله عزْ وجل: ﴿وِمِنْ بَعْدِ وَصِيّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١] ولا في استواء الحكم فيهما إذا طرأ بعد القسمة. وقال ابن دحون: إنما وجب تأخير إنفاذ الوصايا حتى توضع الحمل لأن القسمة لا تكون إلّا مع موجود، فإذا احتيج إلى القسمة لتنفيذ الوصايا وجب أن تقسم التركة، ولا يقسم نصيب غير موجود، فلا بد من التأخير حتى يوضع الحمل. وهذا التعليل على قياس التعليل الأول لأن القسمة لما كانت غيرَ صحيحة وجب أن يكون ما تلف أو نَمَا من الجميع. وفيه دليل على وجوب أداء الدين قبل وضع الحمل لأنه يخرج من رأس المال قبل القسمة. ورأيت في حواشي بعض الكتب. قال الباجي شهدت ابن أيمن حَكَمَ في ميت مات وترك امرأة حاملاً أنه لا يقسم ميراثه ولا يُؤَدَّى دينُهُ حتى توضع الحمل فأنكرت ذلك عليه. فقال هذا مذهبنا ولم يأت ابنُ أيمن بحجة. والصحيح أن يُؤَدَى دينه ولا ينتظر وضع الحمل، ولا يدخل في هذا اختلاف قول مالك في تنفيذ الوصية قبل وضع الحمل، لأن العلة في تأخير تنفيذ الوصية إلى أن يوضع الحمل على قول من رأى ذلك هي أن بقية التركة قد تتلف في حال التوقيف قبل وضع الحمل فيجب للورثة الرجوع على الموصى لهم بثلثي ما قبضوا ولعلهم معدمين أو غير معدمين فلا يجدون على من يرجعون. وأما تأخير أداء الدين حتى يوضع الحمل فلا علة توجبه، بل توجب ترك التوقيف وتعجيل أداء الدين مخافة أن يهلك المال فيبطل حقّ صاحب الدين من غير وجه منفعة كان في ذلك للورثة وإذا وجب أن يقضي دينُ الغائب مما يوجد له من المال مع بقاء ذمته إن تلف المال الموجود له كان أحرى أن يؤدي الدين عن الميت من تركته لوجهين: أحدهما أن الميت قد انقطعت ذمته. والثاني أن الحمل لا يجب له في التركة حقّ حتى يولد ويستهل صارخاً، ولو مات قبل ذلك لم يورث عنه نصيبهُ، والغائب حقه واجب في المال الموجود له لو مات ورِثه عنه ورثتُهُ، فإذا لم ينتظر الغائب مع وجوب المال الذي يؤدي منه الدين الآن له، كان أحرى ألّا ينتظر الحمل إذ لم يجب له بعد في التركة حق، ومن قول ابن القاسم في المدونة وغيرها أنّ من أثبت حقًّا على صغير قُضِيَ له به عليه ولم يجعل للصغير وكيل يخاصم عنه في ذلك، فإذا قضي على الصغير بعد وضعه من غير أن يقدم له وكيل فلا معنى لانتظار وضع الحمل لِتَأْدِيَةِ دين الميت، وهذا كله بين لا ارتياب فيه ولا إشكال والحمد لله.

مسألة:

وسئل مالك عن رجل حضرته الوفاة فقيل له: أَوْصِ، فقال: قد أوصيت وكتبت وصيتي ووضعتها على يدي فلان فانفِذُوا ما فيها فتوفي الرجل وأخرج الذي قال المتوفى قد وضعتها على يديه الوصيةَ وليس فيها شهود إلَّا ما شهد على قوله من ذلك أنه قال قد وضعتها على يدي فلان فانفذوا ما فيها. قال مالك: أرى إن كان الرجلُ الذي ذكر أنها عنده عدلاً أنْ ينفذ ما فيها. قال ابن القاسم: وذلك رأيي. قال العتيبي عن سحنون: الوصيةُ جائزةٌ عدلاً كان أو غير عدل. قال يحيى قلتُ لابن القاسم لِمَ جوزها مالك ولم يُشْهَدْ عليها بعينها ولم يَشهد عليها إلَّا الذي كانت عنده؟ قال: أراه بمنزلة الذي يوصي فيقول قد أوصيت بوصايا أعملت بها فلتنفذ فما أخبركم أني أوصيت به فهي وصيتي فلينفذ ما فيها، فيكون ذلك ماضياً، وبمنزلة الرجل يوصي بديون لهم عليه فيقول قد كنت أُدَاينُ فلاناً وفلاناً فما أدعوه قِبَلِي فهم فيه مصدِّقون، فيكون ذلك لهم بلا يمين يستحلفون بها على ما ادعوا.

قال محمد بن رشد: اشتراطُ مالك العدالةَ في الذي قال الميت إنه وضع وصيتَه عنده إذا أخرجها فقال هذه هي، وليس عليها شهود خلاف ظاهر ما في المدونة والموازية في الذي قال قد كتبت وصيتي وجعلتها عند فلان فصدقوه وأنفذوا ما فيها أنه يصدق وينفذ ما فيها إن لم يشترط في ذلك عدالة مثلُ قول سحنون. وقولُه هو القياس إذ لا حجة للورثة عليه في الثلث، فله أن يجعل التصديق فيه إلى عدل وغير عدل. وقول مالك ها هنا في اشتراط العدالة استحسانٌ. وقد مضى في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الشهادات ما فيه بيان هذا فقف عليه.

وقولُهُ في الذي قال كنت أُدَاينُ فلاناً وفلاناً فما ادعوه قِبَلِي فهم فيه مصدقون إن ذلك يكون لهم دون يمين يستحلفون بها خلافُ قوله في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم من كتاب المديان والتفليس في إيجابه اليمين في ذلك. واختلافُ قوله في هذا على الاختلاف في لحوق يمين التهمة إذ لم يسقط الميتُ عنهم اليمينَ وإنما قال إنهم يصدقون ولم يقل بيمين ولا بغير يمين، ولو قال إنهم يصدقون بغير يمين لَمَا سَقَطَ عنهم بإسقاطه إياها عنهم على ما مضى في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم حسبما بيناه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن رجل أوصى أن يشتري له رقبة بثلاثين ديناراً فتعتق عنه فسام

الوصيُ بغلام فأبي سيدُه أن يبيعه إلَّا بأربعين ديناراً، فقال له أخ للغلام حر: بعه وأنا أعطيك عشرة دنانير، ولم يعلم بذلك الوصي فباعه وأعتقه، ثم علم الوصي بعد ذلك. فقال: إني لأرَى له في ذلك متكلماً، فقيل له: فما تقول فيه؟ ما يتبين لي فيه شَيْءٌ قال ابن القاسم: أخبرني من أثق به عن ابن هرمز ومالك أنهما رأيا جميعاً أنه عيب من العيوب يرجع به المشتري على البائع فيأخذه من الثمن. قال ابن القاسم: وتفسيرُ ذلك أن ينظر كم ثمنُه بغير شرط العتق وكم ثمنه لو شرط فيه العتق؟ فينظر كم بين القيمتين. فإن كان ذلك ربعاً أو خمساً أو سدساً رجع إلى الثمن فأخذ بقدر ذلك من البائع، بمنزلة ما لو باعه وعليه دين وله امرأة أو ولد أو به عيب.

قال محمد بن رشد: قولُ مالك وابن هرمز من أن ذلك عيب يجب الرجوع للمشتري على البائع صحيحٌ، لأن الذي زاد العشرة دنانير قد شاركه في العبد الذي أعتق بربعه إذْ وَدّى رُبع الثمن إلى البائع، فصار الوصي إنما أعتق عن الذي أوصى إليه ثلاثة أرباع العبد. وتفسيرُ ابن القاسم لصفة الرجوع بقيمة العيب لا وجه له. وإنما الذي يصح في ذلك ولا يجوز غيره أن يرجع المبتاعُ على البائع بِرُبع الثلاثين التي دفع إليه، لأن الذي زاد العشرة قد شاركه في العبد بربعه فصار بمنزلة من اشترى عبداً فأعتقه ثم استحق منه ربعه فإنه يرجع على البائع بِرُبُع الثمن ويجعل ذلك في عتقٍ، وإن كانت الرقبة التي أوصى بها رقبةً واجبة لم تجزه وضمن الوصي على مذهب أشهب، يغرم العشرين من ماله، واشترى رقبة أخرى فأعتقها عن الموصي، وَلَا شيء عليه على مذهب ابن القاسم في المدونة إذا لم يعلم، ويرجع بالعشرين على الورثة فيما بقي عندهم من ثلث مال الميت إن كانت بقيت عندهم منه بقية وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك على الموصَى أيقارض وقال يتيمه الذي أوصى إليه به؟ قال: نعم لا بأس به ولا ضمان عليه فيه إن هلك إذا كان قد دفعه إلى أمين والوصي ينظر لمن يليه ومن اليَتَامَى مَنْ أموالُهم الغنم من أهل البادية فيمسكها لهم، ولو باعها أكلوا ثمنها، فيقول الله تبارك وتعالى ﴿وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُم﴾ [البقرة: ٢٢٠] يخلط طعامه بطعامه وزرعه بزرعه وماشيته بماشيته.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إن للوصي أن يدفع مال يتيمه مضاربة لأنه ينظر له بما ينظر لنفسه. وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "اتجروا بأموال اليتامى لا تأكلوا الزكاة" ومثلُ هذا في الرهون من المدونة أن الوصي يتجر لليتيم بماله أو يقارض

له به، ويكره له أن يعمل هو به مضاربة قال في الزكاة من تفسير ابن مزين: فإن عمل به بقراض مثله جاز ولم يكن عليه فِيه ضمان إذا تلف، وإن عمل به بأكثر من قراض مثله فغبن اليتيم في ذلك رد إلى قراض مثله وضمن المالَ إن تلف. قال يحيى بن إبراهيم: قولُه في الضمان ضعيف.

ومن كتاب باع غلاماً بعشرين دينار

وسمعتُ مالكاً يقول في الرجل يوصي بالوصية في مرضه أو عند سفره فيقول إن أصابني في سفري هذا أو مرضي هذا موتٌ فجاريتي حرة، ويوصي بوصايا ثم يصح من ذلك المرض أو يقدم من ذلك السفر ثم يمكث حينا ثم يمرض فيموت وتوجد تلك الوصية بعينها ولم يذكر لها ذكراً عند موته ولا تغييراً ولا إجَازَةً، قال مالك: أرَاها جائزة. قلت لَهُ: فإن أوصى بوصية أخرى ولم يذكر نقضاً لتلك؟ قال مالك: يَجُوزَانِ جميعاً إلَّا أن يكون في الأخرى مَا يَنقض الأولى فيؤخذ بالآخرة. قال مالك: وإن كان في الأولى وصيةٌ لرجل وله في الأخرى مثلُ ما سمى له في الأولى فليس له إلَّا في موضع واحد، وإن اختلفَ العَدَدَانِ أُخذ له بالأكثر قال مالك: وإنما أكثر ما يوصي به الرجل عند سفر أو مرض ثم يصح من مرضه أو يقدم من سفره فيقرها كما هي ويرى أن له وصية أخرى موضوعة قد فرغ منها ووثق بذلك فلا أراها إلَّا جائرة. وقد قال مالك في كتاب باع سلعة سماها: إنها لا تجوز إلَّا أن يكون أخرجها من يده وجعلها على يدي غيره ولم يأخذها من يده حتى مات، قال سحنون: وهذا القول من قوله أحسن.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في أول رسم من السماع فلا معنى لِإعادته حيث ما تكررت وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: صلى نهاراً ثلاث ركعات

وسئل مالك عن رجل أوصى في مرضه وأوصى إلى ثلاثة نفر مع امرأته وأحدهم غائب فشهد الوصيان أن هذه الوصيةَ وصيتُه ولم يشهد عليها غيرُهما وقد كان أوصى لهما في الوصية بشيء، قال مالك: ينظر إلى حالهما وإلى ما أوصى لهما به فإن كان الذي أوصى لهما به يسيراً لا يتهمان على مثله لم أرَ أن ترد بذلك شَهَادَتُهما ورأيتها جائزة.

قال محمد بن رشد: أجاز في هذه الرواية شهادةَ الشاهدين في الوصية إن كان

الذي أوصى لهما به يسيراً مع أنه أوصى إليهما، فالظاهر من قوله أنه لم يَرَ ذلك تهمة في شهادتهما ومثلُه في المدونة سواء، والمنصوص له فيها أنه لا تجوز شهادةُ الموصى إليه وإن كان طالبُ الحقّ غيرَه. وعلى هذا يأتي قولُ سحنون في آخر كتاب الأقضية، وفي سماع أبي زيد من هذا الكتاب إجازةُ الشهادة مثلُ ما يَقُومُ من هذه الرواية. وقولُه إن كان الذي أوصى لهما به يسيراً لا يتهمان عليه لم أرَ أن تُرَدّ شهادتُهما هو المشهور في المذهب أن شهادة الموصى له بشيء يسير في الوصية جائزةٌ. وقد قيل إنها لا تجوز، وهو قول مالك في رواية ابن وهب عنه، واختلف على القول بإجارتها، فقيل إنها تجوز له ولغيره، وقيل إنها تجوز لغيره ولا تجوز له، وقيل إن كان معه شاهد غيرُه جازت له ولغيره وإن لم يكن معه شاهد غيره جازت لغيره ولم تجز له، وهو قول يحيى بن سعيد في المدونة. وقد مضى شرح هذا كله وبيانُه في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من كتاب الشهادات وفي مسألة أفردناها في التكلم على هذا المعنى وما يتعلق به فلا معنى لِإعادة القول في ذلك وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن المسلم يهلك ويترك خمراً في تركته ويوصي لرجل كيف يُصْنَعُ بها؟ قال: لا أرى أن يَكْسِرَهَا حتى يأتي بها السلطان فيعمله بذلك خوفاً ممن يأتي بعده أن يُضمنه. وقد قال مالك في الخنزير يقتل.

قال محمد بن رشد: إنما قال في الخنزير إنه يقتل دون أن يرفع الأمر في ذلك إلى السلطان وأن الخمر لا يكسرها حتى يرفع الأمر في ذلك إلى السلطان لأن الخنزير لا اختلاف في وجوب قتله. والخمر قد اختلف في جواز تخليلها وترك كسرها. إذ قد قيل إن المنع من تخليلها عِبَادَةٌ لا لِعِلة وقيل إنما منع من ذلك لَعَلَّه ممن قال إن المنع من ذلك إنما هو لعلة إجازته في الموضع الذي ترتفع فيه العلة. وقد اختلف في العلة ما هي؟ فقيل التعدي والعصيانُ في اقتِنَائِهَا، فعلى هذا القول يجوز لمن تخمر له عصير لم يرد به الخمر أن يُخلله. وقيل بل العلة في ذلك التهمةُ لمُقتنيها ألّا يخللها إذا غاب عليها فعلى هذا القول يجوز لمن اقتنى خمراً ثم تاب أن يخللها. فعلى هذين القولين لا يجوز للوصي أن يهريق الخمر إذا وَجَدها في تركة الميت ويجب عليه أن يخللها، فلهذا رأى مالك للوصي ألَا يكسرها إلَّا بِأمْرِ السلطان ليلا يُضَمَّنَ إياها على هذين القولين إن كان مَذهب الحاكم الذي يرتفع إليه الأمر أحدهما، وسيأتي في سماع عبد الملك القولُ في الشطرنج يجده الوصي في تركة الميت وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن رجل قال عند موته وصيتي عند فلان رجل سماه وأشهد على ذلك، فلما مات أخرج الوصية فإذا هي عتق وغيره. قال مالك: لا أرى مثل هذا إلَّا جائزاً وأبينُ ذلك لو كتب وصيتين ووضع عند كل رجل وصية، فإذا مات جازتا إذا اتفقتا. قال محمد بن رشد: هذا مثل ما مضى في رسم البز. وقد مضى الكلام عليها وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن رجل أوصى بعتق رقيقه ولرقيقه. رقيق، قال مالك: يعتق رقيقه ويقر رقيق رقيقه مماليك بأيديهم.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه على مذهبه في العبد يملك، بدليل قول النبي عليه السلام من باع عبداً[1] وله مالٌ فماله للبائع إلَّا أن يشترطه المبتاع، فأضاف المال إليه إضافة الملك، وَلِذَلك يَطَأُ بملك يمينه، إذ لو لم يكن مالكاً ليمينه لَمَا جاز له الوطء بملك يمينه لأن الله تعالى لم يبح الفرج بما عدا النكاح وملك اليمين، ومالُ العبد تبع له في العتق، بخلاف البيع، فوجب إذا أعتق عبدَه وله عبدٌ أنّ عبده يبقى بيده رقيقاً له، وكذلك إذا أوصى بعتقه. وكذلك قال في المدونة إن الرجل إذا حلف بعتق عبيده لا يعتق عليه عبيد عبيده. ولا يدخل الاختلافُ في هذه المسألة من قوله إن العبد إذا مَلَك من يُعتق على سيده يعتق عليه، وإن الرجل إذا حلف ألَّا

(١) أخرجه الترمذي (١١٦٢)، وأخرجه أبو داود (٢٩٨١)، وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٨٢)، وأخرجه أحمد في مسنده (٥٣٨٧)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٠٣١)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٤٨٥١)، وأخرجه ابن الجارود في المنتقى (٦٢١)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠١٧٨)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٠٥٧)، وأخرجه الشافعي في السنن المأثورة رواية المزني (١٨٣)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٤١٩٩)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٥٦٣٧)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (٢٠٨٠)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (١٢٩٦١)، وأخرجه الشافعي في الأم (١٠٠٣)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢٠٨٦)، وأخرجه محمد بن إبراهيم بن المنذر في الإقناع (٩٤)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٦٣٣)، وأخرجه ابن عبد البر في التمهيد (٢٠٧٢)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٤٥٢)، وأخرجه أبو زرعة العراقي في طرح التثريب (١٠٦٣).

يركب دابة فركب دابة عبده أنه حانث. ومن حمل ذلك على أنه اضطراب من قول مالك في آل العبد يملك فقد أخطأ، وليس هذا موضع التكلم على الفرق بين الموضعين وإنما يعتق رقيقُ الرقيق إذا أوصى بعتق الرقيق على مذهب الشافعي وأبي حنيفة في أن العبد لا يملك، وأن جميع ما بيده ملك لسيده فلا يجوز له على مذهبهما الوطء بملك يمينه، ويزكي السيدُ مالَه مع مالِه وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: مرض وله أم ولد فحاضت

قال: وسئل عن رجل هلك ولابنه إبل فكانت إبلُهُ عند رجل فجاء أولياءُ الصبي فقالوا نبيع حيوانه فإنه صغير والحيوانُ تتلف والدنانير خير له، فقالت أمه ومن هو منه بسبيل تُقَرُّ إبله ولا تباع، ويباع من رقابها ما يكون فيه نفقته. قال مالك: من الناس من أصل ماله وعُهْدَتُهُ ومن يرى الناسُ له فيه الخير والنماء الماشيةُ، أولئك أهل العمود من أهل البادية، وليس يؤمر أولئك وهم صغار كلما هَلَكَ منهم هالك وترك ولداً صغيراً أن يبيعوا ماشيتهم، وينظر في ذلك فإن كانت الإبل أمثلَ للغلام فيما يرى أهلُ العلم والمعرفة بذلك، وكان هو من أهل المواشي الذين يتخذونها أُمْسِكَتْ له وإن أراد غير ذلك، فليتبع الذي هو خير للغلام.

قال محمد بن رشد: هذا من وجه النظر لليتيم بين على قاله مالك فلا وجه للقول فيه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يهلك فيوجدُ في بيته وصية ورجلان يَشْهَدان أنه كتابه بيده. قال مالك: لا تجوز وصيتُه وعسى أن يكون لهم يعزم على ذلك وإنما كتبها ووضعها.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله، لأن الرجل قد يكتب وصيته وهو متوان فيها غيرَ عازم على إنفاذها ولا يتبين عزمه على إنفاذها إلَّا بالإشهاد على ذلك أو على وضعها على يدي أحد. وكذلك الطلاق والصدقة إذا كتب الرجل طلاق امرأته بيده وأمسكه عند نفسه ولم يشهد عليه لا يؤخذ منه ويصدق في أنه لم يكتب مجمعاً على الطلاق وإنما كتبه ليستشير وينظر، فإن رأى أن ينفذه أنفذه، وإن رأى ألَّا ينفذه تركه، وإذا كتب بالصدقة كتاباً بيده وأمسكه عند نفسه ولم يشهد عليه لا يؤخذ به، ويصدق في أنه إنما كتب ليستشِير في ذلك وينظر على ما قاله في أول رسم من سماع أشهب من كتاب طلاق السنة، فإن أرسل الكتاب بالطلاق أو الصدقة لزمه ذلك، وكان بمنزلة

الإشهاد ولم يصدق إن أرَاد أن يرده قبل أن يصل وزعم أنه إنما أرسله على أن يرده إن شاء على ما في سماع أشهب خلافُ مذهبه في المدونة وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن امرأة أوصت بأن جاريتي تخدم ابني حتى يبلغ ثم هي حرة فقيل لها إن هذا لا يجوز، فقالت إن كان لا يجوز فثلثي يحج به عني. قال مالك يجوز أمرُ الجارية وتكون الخدمة بين الورثة حتى يبلغ الولد وتعتقه قال أصبغ فإن مات الغلام قبل بلوغه نظر فإن كانت من رقيق الحضانة عتقت وإن كانت من وغد الخدم خدمت الورثة إلى مبلغ الغلام ثم عتقت، وإن ماتت الخادم قبل بلوغ الغلام وتركت مالا فهو بين الورثة على كتاب الله.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة على معنى ما في المدونة وغيرها من أن من أوصى لوارث بما مرجعه إلى غير وارث يدخل معه الورثة فيما أوصى به للوارث إلى أن يرجع إلى غير الوارث، وأن من أوصى لابنه أو لغيره بخدمة عبد حياته أو سنين معلومة أو حتى يبلغ ثم هو حُرّ فمات قبل أن يبلغ أو قبل انقضاء السنين أنه يعجل له العتق وإن كان من عبيد الحضانة وإن كان من عبيد الخدمة لم يعتق حتى ينقضي أمَد الخدمة بحد بلوغه أو انقضاء السنين وتكون الخدمة لورثته وبالله التوفيق.

ومن كتاب نذر سنة يصومها

وسئل مالك عن رجل يوصي بثلثه لِمَوَالِيهِ أو لِبَني عمه فيهلك أحد منهم ويولد آخر قبل أن يجمع المال على من ترى أن يقسم المال؟ على الذين كانوا أحياء يوم مات الموصي أو على الذين يدركهم القسم؟ قال: بلى، على الذين يدركهم.

قال محمد بن رشد: هذا على أحد قولي ابن القاسم في المدونة يوصي لأخواله وأولادهم مرةً حَكَمَ لهم بحكم المُعَيّنين فقال إن المال يقسم بينهم بالسواء. فعلى هذا يكونُ القسمُ على من كان منهم حيا يوم مات الموصي ويكون حظ من مات منهم لورثته، ومرة حكم لهم بحكم المساكين فقال يقسم بينهم بالاجتهاد على من كان حيا منهم حين القسمة، ومن مَات قبل القسمة لم يكن له شيء. وقد مضى هذا في الذي يوصي لقرابته في أول رسم. وسيأتي هذا المعنى أيضاً في رسم الوصايا والأقضية من سماع أصبغ، وانظر مسألة رسم الوصايا المتقدمة في سماع أصبغ وما ذكرنا من المعنى فيها وتدبر ذلك كله وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن الرجل يوصي وهو يريد الغزو فيستأذن ورثَتَه في أكثر من ثلثه فيأذنون له أترى ذلك جائزاً له عليهم إن مات؟ قال: نعم، فقيل له: والذي يريد سفراً فيستأذن ورثته فيوصي في أكثر من ثلثه فيموت أترى أن يجوز ذلك؟ قال: نعم، وأراه مثل المريض. قال ابن القاسم: وذلك رأيي. قال أصْبغ: وسمعت ابنَ وهب يقول في رجل أراد سفراً فاستأذن بعض ورثته في أن يهب له ميراثه منه ففعل ثم مات في سفره إنّ لهم أن يرجعوا ولم يره مثلَ المريض. وقال لي قد كنت قلتُ غيرَ هذا ثم رجعت إلى هذا. قال أصبغ: وذلك الصواب وهو مثل الصحيح يستأذن في العول. وهذا أصح. قال أصبغ: المسافرُ يصنع في سفره ما شاء ولم يره مثل المريض، يريد في حجب ماله عنه إن أراد أن يبتل وينفذ.

قال محمد بن رشد: حَكَمَ مالك وابن القاسم في هذه الرواية لما فعله المسافر عند إرَادة الغزو أو السفر بحكم المريض فامضيا عليهم ما أذنوا له به من الوصية بأكثر من ثلث ماله إن مات في سفره ذلك. وذلك من قول ابن القاسم خلافُ قوله في سماع عبد الملك بن الحسن من أن من حَضَرَ خروجه إلى حج أو غزو أو سفر من الأسفار فأقر بدين لزوجته أو لبعض ولده أو تصدق على ابنه الصغير بصدقة أن ذلك كلّه جائز وإن مات في سفره ذلك لأنه حكمَ له فيما فعله من ذلك كله بحكم الصحة، فلم يتهمه في إقراره للوارث ولا في صدقته على ابنه مثل قول ابن وهب الذي رجع إليه في الذي أراد سفراً فاستأذن بعض ورثته في أن يهب له ميراثه ففعل يريد فقضى فيه بأن صرفه إلى بعض الورثة أو غيرهم أن لهم أن يرجعوا ولم يره مثل المريض. وأما لو لم يقض فيه المَوْرُوثُ بشيء لَمَا اختلف فيه حكم الصحة والمرض، ولَكان لهم أن يرجعوا في ذلك، وإن كان في المرض على ما قاله في الموطأ، وقولُ أصبغ مثل قول ابن وهب الذي رجع إليه ومثلُ قول ابن القاسم في سماع عبد الملك لأنه لم يتهمه بالسفر وحكم له فيما فعله عند إرادته إياه بحكم الصحة في جميع الأشياء وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: وكره مالك الوصية لليهود والنصارى. قال سحنون: قال ابن القاسم: وكان قبل ذلك يجيزه ولست أرى به بأساً إذا كان ذلك على وجه الصلة مثلَ أن يكون أبوه نصرانياً أو يهودياً أو أخوه أو أخته فيصلهم على وجه صلة الرحم فلا أرى به بأساً وأراه حسناً، وأما بغير هذا فلا، وفي رواية عيسى بن دينار وسئل ابن

القاسم عن هذا، فقال: لا أرى به بأساً لمثل أمه وأبيه وإخوته وما أشبه ذلك القرابة، وأما الأباعد فلا يعجبني ذلك وَلْيَعْطِفْ به على أهل الإسلام.

قال محمد بن رشد: حَدُّ الكراهة ما في تركه ثواب وليس في فعله عقاب، فمعنى كراهية مالك الوصية لليهود والنصارى هو أن يؤثرهم بالوصية لقرابته منهم على المسلمين الأجنبيين، فرأى الوصية للمسلمين الأجنبيين أفضل من الوصية لقرابته الذميين.

وقولُه: وكان قبلَ ذلك يجيزه معناه من غير كراهة لما جاء في صلة الرحم من الأجر، والوجهُ في ذلك أنه لم يترجح عنده على هذا القول الأفضل من الوجهين، فأجازه من غير كراهة وهي رواية ابن وهب عنه أن الوصية للكافر جائزة. واحتج بالحُلةِ التي كساها عُمَرُ أخا له مشركا بمكة. وهو الذي ذهب إليه ابن القاسم في رواية عيسى عنه. وقولُه قبل ذلك وأراه حسناً قولٌ ثالث في المسألة. وأنه رأى الأجر في الوصية لصلة رحمه وإن كانوا ذميين أكثر من الأجر في المسلمين الأجنبيين.

وأما الوصية للأباعد من الذميين فلا اختلاف في كراهة ذلك، لأن الوصية للمسلمين أفضل فالكراهة إنما تتعلق بإيثار الذميين على المسلمين لا بنفس الوصية للذميين، لأن في ذلك أجراً على كل حال. ففي موطأ ابن وهب عن مالك فيمن نذر صدقة على كافر أن ذلك يلزمه. وقال في موضع آخر إن قال مالي صدقة على فقراء اليهود أن ذلك يلزمه يتصدق عليهم بثلث ماله. وقد قال الله عزْ وجل: ﴿وَيُطْعِمُونَ الطعَامَ عَلَى حُبّهِ مِسْكِيناً وَيَتِيماً وأسيراً﴾ [الإنسان: ٨]. والأسير الكافر. فإذا أوصى إليهم شفقة عليهم لفقرهم جاز ذلك على كراهة لأن الأجْر في الصدقة على فقراء المسلمين أحرى، والإشفاق عليهم ينبغي أن يكون أكثر. وقد أجاز أشهبُ الوصيةَ للذميين كانوا ذوي قرابة أو أجنبيين إجازة مطلقة دون كراهة. ومعنى ذلك في الأجنبيين والله أعلم إذا كان لهم حقّ من جوار أو يد سلف لهم إليه أو ما أشبه ذلك، وأما إن لم يكن لذلك سبب فالوصية لهم محظورة إذ لا يُوصِي للكافر من غير سبب ويترك المسلمَ إلّا مُسلم سُوءٍ مريض الإيمان. قال الله عزْ وجل: ﴿لَا تَجِدُ قَوْماً يُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ إلى قوله: ﴿أو عَشِيرَتَهُمْ﴾ [المجادلة: ٢٢] وأما الوصية للحربي فإنها لا تجوز لأن ذلك قوة لهم، ويرجع ذلك ميراثا ولا يجعل في صدقة ولا غيرها، وكذلك من أوصى بما لا يحل قال ذلك أصبغ في الوصية والله الموفق.

ومن كتاب أوله: المحرم يتخذ الخرقة لفرجه

وسئل عن الرجل يقول عند الموت: سلاحي في سبيل الله أترى لِمَنْ أوصى إليه أن يجعله حبساً؟ قال: لا أرى ذلك له، ولكن يجتهد فيه.

قال محمد بن رشد: قولُهُ لا أرى ذلك له يحتمل أن يكون معناه لا أرى ذلك عليه، أي لا يجب عليه أن يحبسه في السبيل لأن الموصي لم ينص على أن تحبس في السبيل ولا على أن تبتل فيه، وإنما أوصي تجعل فيه فرأى له أن يجتهد في وجه جعلها فيه بما يراه إن رأى أن يحبسها فيه حبسها وإن رأى أن يبتلها فيه بتلها، لأن له قد يكون بمعنى عليه في اللسان. قال الله عزْ وجل: ﴿إِنْ أَحْسَنْتُمْ أَحْسَنْتُمْ لأَنْفُسِكُمْ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ [الإسراء: ٧] أي: عليها، ويحتمل أن يكون له على بابها ويكون المعنى في ذلك أنه رأى أن يبتلها في السبيل ولا يحبسها فيه، إذ لم ينص الموصي على تحبيسها على القول بأن من أعطى فرساً أو سلاحاً في السبيل. فهو محمول على التبتيل حتى ينص عَلَى التحبيس. وهو ظاهر ما في رسم طلق بن حبيب ورسم باع غلاماً ورسم صلى نهاراً ثلاث ركعات من سماع ابن القاسم من كتاب الجهاد. ويكون الاجتهاد الذي جعله إليه بقوله ولكن ليجتهد فيه ألَّا يبتلها إلَّا لمن فيه خير وله دِين، وهو من أهل النجدة والنكاية في العدو والعمل في الجهاد، فإذا بتل السلاح الموصي بها في السبيل لمن هذه صفته كان له أن يقاتل بها وأن يبيعها على نفسه فيما يحتاج إليه في غزوه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن رجل أوصى بصدقة دينار من غلة له كلّ سنة أن يَشتري بها قمح ويطعم المساكين، أترى أن يعطي بمد النبي عليه السلام أو بمد هشام؟ قال: إن كان الطعام كثيراً فإنني أرى أن يعطي بمد هشام، وإن كان قليلاً فبالمد الأصغر. فقيل له فإنه أوصى مع ذلك أن يعطي المساكين درهماً درهماً لكل مسكين فَكَثُرَ المساكين على الرجل فأعطاهم درهماً بين رجلين؟ فقال: ما أرى عليه شيئاً.

قال محمد بن رشد: المعنى فيما قاله في الطعام بين في الاستحسان وذلك أنه لما أوصي بالطعام الذي يشتري بالدينار كان سبيلُ ذلك في قدر ما يعطي منه لكل مسكين سبيلَ الكفارات التي ذكر الله فيها الإطعام الكثير أن يعطي بمد هشام ككفارة الظهار، وفي الطعام اليسير بمد النبي عليه السلام ككفارة اليمين، ولو أوصى أن يشتري به قمحاً

فيتصدق به على المساكين ولم يكن الطعام لما حد فيه أن يعطي بمد هشام ولا بمد النبي عليه السلام ولكان له أن يتصدق بجميعه على المسكين والمسكينين وأقل وأكثر على ما يراه بوجه اجتهاده.

وأما الذي أعطى درهماً بين مسكينين وقد كان أوصى الميتُ أن يعطي درهم درهم لكل مسكين فقد أخطأ في مخالفته حدّ الموصِي في ذلك، إلَّا أنه لم يره خطأ يلزمه به الضمان فقال ما أرى عليه شيئاً أي لا أرى عليه غرماً لأن الذي فعل كان سائغاً له أن يفعله والله أعلم.

مسألة:

وسئل مالك عن الرجل يكون لابنه المالُ قد ورثه من أمه الضيعة يكون له، فيأتيها أبوه يأكل منها، قال: لا بأس بذلك أن يأكل الرجل من مال ابنه الصغير من الضيعة يكون له يأتيها فينزل بها ويأكل منها، وإنما كان ورثها من أمه فلا بأس أن يأكل منها.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله، والأصل في ذلك قول الله عزْ وجل: ﴿وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأكلُوا من بُيُوتِكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿أَوْ صَدِيقِكُمْ﴾ [النور: ٦١] فإذا جاز للرجل أن يأكل من مال أبيه وأمه وأخيه وعمه وخاله وصديقه بغير إذنهم الشيء اليسير الذي لا يقع التشاح في مثله وُيعْلَمُ بمستقر العادة أنهم لا يكرهون ذلك فأحرى أن يجوز ذلك للوالد في مال ولده الذي ورثه عن أمه. لقوله عليه السلام: " أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ "[(١)] ألا ترى أنه قد جاز له فيما تصدق به على ابنه لهذا الحديث ما لا يجوز له فيما تصدق به على غيره. وقد مضى القولُ على ذلك مستوفى في رسم حلف ألَّا يبيع رجلاً سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات وبالله

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٦٧)، وأخرجه ابن ماجه (٢٢٨٣)، وأخرجه أحمد في مسنده (٦٥٠٢)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٤٣٥١)، وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢١٣١)، وأخرجه ابن الجارود في المنتقى (٩٧٩)، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير (١٣٣٨)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٤٤٨٣)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٤١٩٤)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٦١٣١)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٢٠٩٥)، وأخرجه الطبراني في معجمه الصغير (٢)، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط (٥٧)، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير (٩٨٨٣)، وأخرجه الشافعي في الأم (١٤١٧)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤٠٤٩)، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (١٣٨٤)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٦٣٣).

سبحانه وتعالى التوفيق.

والحمد لله ربّ العالمين وهو حسبي ونعم الوكيل. ولا حول ولا قوة إلّا بالله العلي العظيم. وما توفيقي إلّا بالله عليه توكلتُ وإليه أنيبُ. وصلى الله وسلم على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً. والحمد لله ربّ العالمين.

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلَّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلَّم

كتاب الوصايا الثاني

من سماع أشهب وابن نافع من مالك من كتاب البيوع الأول

قال سحنون: أخبرني أشهب وابن نافع قال: سُئِل مالك عمَّن نُعي له عبدٌ أبق أو ذُكر له غرقُ سفينته، ثم مرض فأوصى بثلث ماله، ثم مات، وجاء العبد الآبق، وسَلِمَتِ السفينةُ، أيدْخل ذلك في ثلثه؟ فقال: نعم، ليس يشبه هذا الذي يكونُ له مال لم يعلم به، قد يُنعى للرجل العبدُ وهو يَرْجُوه وهو يائس منه، فهذا يدْخل في الثلث. وفي كتاب الوصية للصغير، من سماع أشهب وابن نافع قال: فأما الذي له العبدُ الآبق، والجملُ الشارد، والذي قد كان له أصله وعمله، فإنه إذا رجع، رجع في الثلث، فقيل له: أرأيت الذي يكون له المال الغائب مثل السفينة والعبد، فيقال: قد غرقت السفينة أو مات العبد حتى يتبيّن ذلك؟ فقال: إذا عُلِم أَنَه لم يرده فلا يدْخل في الثلث، فقيل له: مثل السفينة يقال له: قد غرقت؟ فقال: إذا كان هكذا فنعَم، ولم يرَ أَنّ ذلك يرجع في الثلث إذا جَاءَتْ سلامتُه، من أجل أنه كان منه يائساً. وفي رواية عيسى من كتاب المكاتب من سماعه: قال ابن القاسم: إذا كانت قامت عنده البينة، وشهد عنده قوم قبل الوصية أو بعدها أن العبد مات، والسفينة غرقت، والفرس مات، أو بلغه ذلك فطال زمانُه، ويئِس هذه، ثم جاء خبرُ ذلك من بعد موته أنه لم يذهب منه شيء، فلا يدْخل فيه شيء من الوصايا وهو كمالٍ طارئٍ لم يعلم به؛ وإن كان ذلك شيئاً بلغه فلم يلبث إلاَّ يسيراً حتى مات، ولم يشهد عنده أحد بهلاكه، إلاَّ خبر بلغه، فإن الوصايا تدْخل فيه. ولم يذكر في أول المسألة إباق العبد، وإنما ذكر هلاكه. قلت: فالعبدَ يَأْبَقُ؟ قال: تدْخل فيه الوصية متى ما رجع.

قال محمد بن رشد: في ظواهر ألفاظ هذه المسألة الروايات اضطراب، ولا ينبغي أن يحمل شيء منها على التَّعارض والاختلاف؛ لأنها ترجع كلها عند التحصيل، إلى أن مَا كان أصلُه قد علمه، فإن الوصايا تدْخل فيه، وإن غاب عنه فطال زمانه وبلغه هَالكه حتى كان الغالب عليه اليأسُ منه، من أجل ما بقي له فيه من الرجاء، حتى إذا تحقق

عنده هلاكُه بالشهادة أو الاستفاضة، حتى تحقق ذلك وتيقَّنَهُ، فلم يبق له فيه رجال، فلا تدخل فيه الوصايا إن جاء بعد ذلك، وإن كانت المدةُ لم تَطُل. ولا فرق في شيء من هذا كله بين أعمال الغائب، والعبد الآبق، والسفينة الغائبة، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أشهب: وسُئِل عمَّن تُوفي بالمدينة وأوصى إلى رجل، وأوصى أن امرأته أَوْلَى بِولدها ما لم تنكح، فأرادت امرأته أن تخرج إلى العراق بولدها منه، وهناك أصلها. قال: فليس لها ذلك. فقيل له: إن لولده ثَمَّ ديوان، قال: ما أرى ذلك لها. قيل: إذاً يهلك ديوانُهم يغيبُون وهم صغار، قال: هذا إن كان هكذا فلينظر في ذلك لليتامى، فإن رأى والي اليتيم أن أرفق بهم المُقام أقامُوا وإن رأى أن أرفق بهم السير سارُوا.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إنه ليس لِلأم أن تدخل بولدها الذي في حضانتها عن بلد الوصي عليهم وإن كان الأب قد أوصى أنها أولى بولدها ما لم تنكح؛ لأن ذلك من حقها وإن لم يُوصِ لها به الأبُ مع ألاَّ تغيب بهم إلى بلد آخر عن الوصي، إلا أن يرى ذلك الوصيُّ أو السلطان نظراً لِلأيْتام لِئَلا يزول بمغيبهم اسمُهم عن الديوان الذي كان يرتزق عليه أبوهم فتدركهم الضيعة، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن أم الولد يوصي لها سيدها بنفقتها ما لم تتزوج، فصالحها الورثة على شيء معلوم، فيدفعونه إليها نقداً ثُمَّ تتزوج، أيرجعون عليها بشيء؟ قال: لا يرجعون عليها بشيء، وقد صالحوها، إنَّما ذلك لو تركوها على ما أوصى به سيدها.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، إنَّه إذا لم يُمْضِ الورثةُ الوصية لَهَا على حالها وصالحوها عَنْهَا عَلى شيء دفعوه معجلاً إليها، فلا رجوع لهم عليها إن تزوجت قبل أن تستنفد في الإنفاق على نفسها ما دفعوا إليها، كما أنها إذا استنفدت ذلك في الإنفاق على نفسها، فلا شيء لَهَا عليهم وإن لم تتزوج؛ لأن الصلح لما كان على إسقاط الشرط في النفقة، فلا رجوع لهم عليها إن تزوجت. قال عيسى ابن دينار في رسم أوصى بعد هذا من سماعه: وكذلك إن ماتت بعد ذلك بيوم أو يومين، ولا لَهَا عليهم إن لم تتزوج بعد فناء ما قبضت منهم. وكذلك لَوْ أوصى لَهَا بوصية على ألا تتزوج، فقالت: على الثلث فرُدت إلى الثلث، ثم تزوجت، فلا ينتزع مِنْهَا شيء؛ لأن الوصية لم تنفذ لها على وجهها، حكاه ابن المواز فيما أظن عن ابن القاسم، وهو قول ابن القاسم في رسم العرية من سماع عيسى في الذي يوصي أَنْ يُنفق على رجل ما عاش، فلم

يحمل الثلث نفقة تعميره أنه إن لم يُجِزِ الورثةُ كان ما صار له من الثلث بَتْلاً يُدفع إليه، وليس للورثة أن يرجعوا عليه بشيء، وإن مات بعد ذلك بيوم؛ لأنهم قد خُيِّروا في أن يُنفذوا وصية صاحبهم، وفي أن يقطعوا له بالثلث بدلاً، فاختاروا القطع له بالثلث بَتْلاً، ولا فرق بين المسألتين في المعنى، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية الثاني

قال: وسألته عمَّن أَوصى بوصايا، فأَوصى لنفر خمسة بنفقتهم ما عاشوا. ونزلت بالمدينة، فقال: أَرى أن يعمر الخمسة النفر سبعين سبعين سنة كان له منهم عشرون سنة، حرص له بنفقة خمسين سنة تمام السبعين، ومن كان له منهم أقل من ذلك أَو أكثر، فعلى هذا، لأني أَرى السبعين من أَعمارِ الناس اليوم، وما هو بالأمر الثابت، ثم يجمع لهم ما صار لهم جميعاً في المصلحة، فيوضع على يدي عدل، فينفق منه عليهم ما عاشوا، فكلَّما مات منهم إنسان، رد ذلك على أَهل الوصايا حتى يموتوا من آخرهم، فإذا مات الخمسة من آخرهم ثم رجع ما فضل إلى أَهل الميراث، لا يرجع إلى أَحد من أَهل الميراث شيء حتى لا يبقى أَحَدٌ من الخمسة، حتى إذا ماتوا رجع ما فضل إلى أهل الميراث، إلا أن يكون كانت معهم وصايا قصر عنهما الثلث، فيحاصونه فأَرى إذا مات الخمسة أَن يتم لأهل الوصايا وصاياهم، فما فضل كان لأهل الميراث. قال: وإن استنفدوا ذلك قبل أن يموت، فلا شيء لهم، لا يرجعون بشيء مما أَوصى لهم به على أَهلِ الوصايا حتى لا يبقى من الخمسة أحد. قال: والسبعون من أعمار الناس، وإنما جرَّأَني على أَني قررت لهم سبعين، أني قد علمت أن منهم من لا يستكمل السبعين، فصار في المال فضل يستنفقونه ما عاشوا، حتى يستوفوا وصاياهم قال: وأنا أرى أن يكون لهم فيما يعرض لهم من النفقة، الماء والحطب والدهن والثياب، لا أدري ما الصوف؟ وأرى ذلك للمرأة على زوجها وللموصى لهم بالنفقة مثله.

قال محمد بن رشد: قد قال بعض الناس في هذه المسألة: إن مذهب ابن القاسم في المفقود أن يعمر سبعين سنة؛ لأنهم جماعة، ولا يمكن في غالب الحال، أن يعيشوا كلهم أكثر من سبعين سنة، وأنه إن كان منهم من يعيش أكثر من سبعين سنة، فسيكون من يموت منهم قبل السبعين، فرأى السبعين عدلاً في ذلك، لكونهم جماعة، وذلك نص قوله: وإنما جَرأَني على أني قدرت لهم سبعين، أني قد علمت أن منهم من لا يستكمل سبعين، معناه: قد تيقنت ذلك بغلبة ظني، إذ لا يصح العلم في ذلك، فإن كان

واحداً لما عمره إلا أكثر من سبعين، على قوله في هذه الرواية، وكذلك يلزم على قوله في المفقود، وقد روي عن مالك: أنه يعمر سبعين سنة، وإليه ذهب عبد الوهاب، واحتج بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أَعْمَارُ أُمَّتِي مَا بَيْنَ السِّتِّينَ إِلَى السبْعِينَ "(١)، إذ لا معنى لقوله إلا الإخبار بما يتعلق به الحكم والله أعلم. وقد روي عن مالك ثمانون سنة، وروي عنه تسعون سنة. وقال أشهب: مائة سنة. وقال محمد بن عبد الحكم: مائة وعشرون. والذي جرى به العمل ثمانون سنة، وهو أعدل الأقوال إن شاء الله. وليس هذا موضع التكلم على المفقود وما يلزم في تأجيله. وقد قيل في هذه المسألة قياساً على المفقود: إنه يعمر كل واحد منهم ثمانون سنة، ثمانون سنة، روى ذلك ابن كنانة عن مالك. قال: ولو كانت واحدة لعمرها أكثر، قاله فيمن أوصى أن ينفق على أمهات أولاده. قال: والصواب في مثل هؤلاء أن يعمرْن أكثر ما يظن أن يعشْنَ لأنهن إن متن قبل ذلك، رجع الباقي إلى الورثة، وإن تجاوزْن التعمير، هل كن دون نفقة؟ وقيل: تسعون تسعون، وقول ابن القاسم أعدل، لكونهم جماعة على ما ذكره.
وقوله: إنهم إذا عمروا سبعين سبعين فتحاصوا مع أهل الوصايا في الثلث إذا لم يحمل جميع ذلك الثلث: إنه يوقف ما صار لهم في المحاصة، فإن ماتوا قبل أن يستنفدوه، رجع الفضل إلى أهل الوصايا، فاستكملوا منه وصاياهم، وكان الفضل للورثة، وإذا استنفدوا ما وقف لهم قبل أن يموتوا، لم يرجعوا على أهل الوصايا، هو قول ابن القاسم أيضاً في آخر الرسم الأول من سماع أصبغ. قال: والقياس أن يرجعوا على أهل الوصايا إذا استنفدوا ما صار لهم في المحاصة قبل أن يموتوا فيعمروا ثانية، ويرجعوا على كل واحد منهم بقدر ما صار له في نصيبه، وهو اختيار أشهب، كما يرجع أهل الوصايا فيما فضل مما وقف لهم إن ماتوا قبل أن يستنفدوه. واختار أصبغ استحساناً أن يكون ما صار في المحاصة لكل واحد منهم بتلاً، فلا يرجعون على أهل الوصايا إن استفدوا ما صار لهم في المحاصة قبل أن يموتوا، ولا يكون لأهل الوصايا شيء مما صار لهم في المحاصة إن ماتوا قبل أن يستنفدوه. قال: ولا أَعلم ابن القاسم إلا قد رجع إليه وقاله. وكذلك إن لم يكن معهم أهل وصايا، فلم يحمل الثلث نفقة تعميرهم

(١) أخرجه الترمذي (٣٥٠٣)، وأخرجه ابن ماجه (٤٢٣٤)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٣٠٥٦)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٣٥٣٠)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦٠٢٧)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٦٠٢٢).

فأبى الورثة أن يجيزوا لهم الوصية، وقطعوا لهم بالثلث وإن ماتوا قبل أن يستنفدوا الثلث، رجع الفضل إلى الورثة على- هذه الرواية، وعلى ما اختاره أصبغ، وحكى أنه لا يعلم ابن القاسم إلا وقد رجع إليه، وقاله ابن القاسم أيضاً في رسم العرية من سماع عيسى لا يرجع الفضل إليهم وإن ماتوا بعد ذلك اليوم، ويكون الثلث الذي قطع لهم الورثة مبتولاً لم يورث باقيه عنهم، ولا يرجع شيء منه إلى الورثة، وأما إن حمل الثلث نفقة تعميرهم والوصايا، أو نفقة تعميرهم إن لم يكن معهم أهل وصايا، فلا اختلاف في أنهم إن ماتوا قبل أن يستنفدوا نفقة تعميرهم، يرجع الفضل إلى الورثة، وإن عاشوا أكثر مما عمروا رجعوا على الورثة فيما كان بقي لهم من الثلث، وإن ناب الموصى نصف وصاياهم، لم يعطوا من ذلك في كل- شهر إلا نفقتهم كاملة، لا نصف نفقة أي نفقة كل شهر، قاله المغيرة وابن كنانة. وفي قول ابن القاسم في هذه المسألة: إنه يكون لهم فيما يفرض لهم من النفقة الماء، والحطب والدهن والثياب، لا أدري ما الصواف؟ أي الثياب التي تُصاف لمثل جمعة وغيرها، دليل على أَن من التزم نفقة رجل يلزمه كسوته؛ لأنها من النفقة، وهذه مسألة كان الشيوخ يختلفون فيها. ويتخرج فيها ثلاثة أقوال: أحدهما: أن الكسوة داخلة تحت لفظ النفقة بظاهر اللفظ، وهو دَليل قوله في هذه الرواية والحُجة لذلك قول الله عزْ وجل: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، لإجماع أهل العلم أن لهن النفقة والكسوة. فعلى هذا القول، إن قال ملتزم النفقة: لم أُرد بما الْتزَمتُ إلا الطعام دون الكسوة، لم يصدق. والثاني: أن الكسوة غير داخلة تحت لفظ النفقة بدليل ما وقع في كتاب الرواحل والدواب من المدونة من إجازة استئجار الأجير بنفقته. وقوله: إنه إن اشترط الكسوة، فلا بأس بذلك، إذ لو كانت الكسوة داخلة في النفقة عنده لما احتاج إلى اشتراطها، فعلى هذا لا يلزم من التزم النفقة الكسوة، إلا أن يتطوع بها أو يقرّ على نفسه أنه أرادها. والثالثُ: أن دخول الكسوة تحت لفظ النفقة ليس بظاهرٍ من اللفظ، وإنما هو محتمل له احتمالا ظاهراً، فإن قال الملتزم على هذا القول: لم أُرد الكسوة صُدق دون يمين، أو بيمين على الاختلاف في لحوق يمين التهمة، وإن قال: لم تكن لي نية، أُلزم إياهما جميعاً. وقال عبد الملك: لا يفرض للموصى له بالنفقة الخدمة ولا يكون ذلك له إلا بوصية من النوادر، وهو ظاهر ما يأتي في رسم أوصى من سماع عيسى والذي أقول به: إذا كان الموصى له بالنفقة لا يستغني عن الخدمة فيدخلها من الخلاف ما دخل الكسوة. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل فقيل له: إن عندي يتيماً قد أخذ بوجهه، والذي له عندي ستون ديناراً، وقد سألني أن أُعطيه خمسة عشر ديناراً يتجه بها إلى خاله بمصر، يرجُو صلته ونفعه، أفترى أن أُعطيه؟ فقال: ما أرى ذلك يجوز، وما أرى أن تعطيه إلا بأمر السلطان، وما لَكَ تدعه يخرج إلى مصر؟ فقال: إنه رجل قد أخذ بوجهه، وهو يغلبني ولو أطاعني لم يخرج، فقال: إذا أعطيته قوي على الخروج، فقال: أرأيت أن يحمل لي رجل بها يضمنها إن طلبت مني؟ فقال: لا أرى أن تدفعها إلا بأمر السلطان.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: أنه لا يجوز للوصي أن يدفع إلى اليتيم من ماله إلاَّ مالا بد له منه في نفقته وكسوته، فلا ينبغي له أن يساعده فيما يذهب إليه من التجهز إلى خاله بخمسة عشر ديناراً يدفعها إليه من ماله، إذ ليس ذلك بوجه نظر له؛ لأن ما يرجوه من خاله، ليس على يقين منه، ولعله يتلف ما يصله له إن وصله، فيذهب ما دفع إليه من ماله في غير وجه منفعة، فلذلك لم ير له أن يدفعها إليه إلاَّ بأمر السلطان؛ لأنه إن دفعها إليه بغير أمره ضمن، وإذا أمره السلطان أن يدفعها إليه بأمره برئ هو من ضمانها، والسلطان لا يأمر بذلك، إلا أن يثبت عنده ما يوجبه. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل فقيل له: إن سيدي كاتبني وأوصى إليَّ، فسألني بعض مَوالي، وهو ولد سيدي عمَّا ربحت فيه، وأنا عند الناس كما أُحب، أفذلك علي؟ قال له: لا أرى ذلك عليك. أليس ما في يديك مالا معروفاً؟ قال: بلى، ولكنه يريد أن يعلمه ويعلم ما ربحت فيه، فقال: ما أرى ذلك عليك، فقال له: إنني غلام مولد ولدت باليمن، قد علم ذلك الذي اشتراني منها، فأنا إذا انتسبت في كتابي قلت: فلان ابن فلان مكاتب فلان وذلك نسبتي قال: لا بأس بذلك.

قال الإِمام القاضي: قوله: إن سيدي كاتبني وأوصى إليَّ، يريد أنه أوصى إليه بالنظر على بنيه، فلم يَرَ عليه أن يخبر بما ربح في مال الميت الذي هو ناظر فيه لولده؛ لأن الوصي لا يلزم أن يَكشف عَمَّا بيده، ولا يخبر به إلا أن يخاف عليه أن يكون قد أتلفه وهو محمول على الأمن في ذلك حتى يثبت خلاف ذلك من حاله، فإذا كان ما في يديه من المال معروفاً، فلا يلزم له أن يكشف عنه ولا أن يخبر بما ربح فيه؛ لأن في ذلك غضاضةً عليه، إذ لا يفعل ذلك إلا بمن لا يوثق به، وسيده ائتمنه ووثق به، فهو

محمول على ذلك. وقد قال في رسم حلف في المرأة الموصى إليها بولدها إذا تزوجت: إنها لا يكشف عما بيدها إلا إذا خيف على المال عندها. وقد مضى الكلام عليها فلا معنى لإعادته. وقوله: إنه يكتب إذا انتسب في كتابه أي في كتابة شهادته وفيما يشهد به على نفسه في إنكار الحقوق وشبه ذلك، فلان ابن فلان يريد ما دام مكاتباً، فإذا أدَّى كتابته قال في انتسابه: فلان ابن فلان مولَى فلان. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِل عمَّن أوصى في ثلاث أمهات أولاده أن ينفق عليهن ثلاث سنين، وبخادم تخدمهن حياتهن، ثم هي حرة، على مَنْ نفقة الخادم؟ أَعلى الموصي أم عَلى أمهات الأولاد؟ فقال: أما الثلاث سنين، فأرى أن ينفق عليهن وعليها سوى نفقتهن من مال الميت، فإذا مضت الثلاث سنون فلينفقن عليها من عندهن، وليس على الميت نفقتهن، وإن كان سمّى لهن في الثلاث سنين نفقة معلومة فليس كلهن غير ذلك، ونفقة الخادم عليهن.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما يأتي في رسم أوصى من سماع عيسى سواء، وإنما قال في نفقة الخادم في الثلاث سنين التي أَوصى فيها بالنفقة على أمهات أولاده: إنها من مال الميت؛ لأنها من جملة النفقة عليهما، فعلى هذا لو لم يوص لهن بخدمة الخادم لكانت الخدمة عليه لهن في الثلاث سنين من جملة النفقة، كالكسوة، قال فيها في أول مسألة من الرسم: إنها تفرض للموصى لهم بالنفقة في جملة النفقة.

وقد مضى الكلام على ذلك في تكلمنا عليها. وأَما قوله في النفقة عليها بعد الثلاث سنين: إنها عليهن، لا في مال الميت، فهو المشهور في المذهب، فإن نفقة المخيم على الذي أخدم إياه، لا على سيده الذي أخدمه، وقد قيل: إنها على السيد المقدم، وقيل: إنها إن كانت الخدمة يسيرة فالنفقة على السيد، وإن كانت كثيرة أو حياة المخيم، فالنفقة على المخيم، وقيل: إن الاختلاف إنما هو في الخدمة الكثيرة، ولا اختلاف في الخدمة اليسيرة أنها على ربّ العبد الذي أخدمه، ذهب إلى هذا سحنون. والأول أصح. إن في المسألة ثلاثة أقوال. وأما إذا سمَّى لهن في السنين الثلاثة نفقة معلومة فلا يزاد على ذلك وَتكون نفقة الخادم عليهن في الثلاث سنين وغيرها. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِل عمَّن أوصى لرجل في وصيته بثلاثمائة دينار وبمسكن سرائه على أهل

الوصايا، ثم أقام الموصي ثمان سنين، ثم أوصى بوصية أخرى، فأوصى فيها أن لفلانٍ كذا، ولفلان كذا بوصايا غير واحدة ولفلان ألف دينار، وهو الذي كان أوصى له في الوصية الأولى بالثلاث مائة دينار وبالمسكن، ثم ذكر وصايا، فقال: لفلان كذا وكذا، ولفلان كذا لغيره، ثم قال: وقد زدت فلاناً مع ألف مائة دينار، قال مالك: أما المسكن الذي أوصى له به في الوصية الأولى فهو له مبدًّأ على الوصايا، وأرى أن ينظر في الألف والمائة التي أوصى له بها في الآخر، ولم يجعلها مبدأة فيعاول بها أهل الوصايا فإن صار له أكثر من الثلاثمائة التي أوصى له بها في الأولى مبدأة كانت له، ولم يكن له الثلاثمائة؛ لأنها دنانير كلها، أيهما كان أكثر كان له، إن كان ما صار له في العول أكثر من الثلاثمائة التي أوصى له أن يبدأ بها، كان ذلك له، ولم تكن له الثلاثمائة.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بيّنة على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وغيرها، أن الموصى له بوصيتين من نوع واحد وصفة واحدة، دنانير أو دراهم أو طعام أو حيوان أو عروض، يكون له الأكثر من الوصيتين، كانتا الأولى أو الأخيرة. وإن كانت الوصيتان من نوعين أو على صفتين، كانت له جميعاً. وقد روي عن ابن القاسم أن الدراهم والدنانير في هذا النوع واحد، يكون له الأكثر منهما خلاف ما ذهب إليه مطرف وابن الماجشون وروياه عن مالك، من أنه من كانت الوصية الثانية أقل، أو كانتا سواء، كانتا له جميعاً؛ لأن أمره يحمل على أنه إنما أراد بالثانية الزيادة على الأولى، وإن كانت الثانية أكثر، كانت له دون الأولى. قال ابن الماجشون: وذلك إذا كان ذلك في كتاب واحد بينهما وصايا لغيره، وأما إن كان بينهما كلام من غير الوصية، فإنه يكون له الوصيتان جميعاً، وإن كانت الثانية أكثر من الأولى، بمنزلة إذا عطف الوصية الثانية على الأولى، فقال: لفلان عشرة، ولفلان ذلك بعينه، عشرون، قال: ولو قال: لفلانٍ عشرة، لفلان عشرون بغير واوٍ، لم يكن له إلا العشرون. وأما إن كان ذلك في كتابيْن، فإنما له الأكثر من الوصيتين. وقال مطرف: سمعت مالكاً فرق بين أن تكون الوصيتان في كتاب واحد، أو في كتابين، وذلك عندي سواء والدينار والدرهم عند مطرف وابن الماجشون في الوصية نوع واحد، على التفصيل الذي ذكره من الفرق بين أن تكون الوصية الآخرة هي الأقل أو الأكثر. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِل عمَّن أوصى إلى رجل بوصية ليس فيها إلا شاهد واحد، أيحلف الوصي مع الشاهد ويثبت ذلك له؟ فقال: لا يحلف، ولا يثبت ذلك له، إلا أن يرى ذلك السلطان

في رضاه، أو من ينظر في ذلك فيوليه إياه، وليس يحلف الذي أوصي إليه مع الشاهد، وليس ذلك مثل الذي يوصي له بالشيء له عليه شاهد واحد؛ لأن هذا يحلف على شيء هو له.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه أن من أوصى إلى رجل فلا يستحق الموصى إليه الإيصاء باليمين مع الشاهد، إذ ليس بمال يحلف عليه مع شاهده ويأخذه، كما أن الوكالة لا تثبت باليمين مع الشاهد، ولا شهادة الشاهد، لو شهد لرجل شاهد على شهادته شاهد، لم يصح للمشهود له أن يحلف مع الشاهد على شهادة الشاهد، فيستحق بذلك شهادته، ويثبت الإيصاء على تنفيذ الوصية بالمال بشاهد وامرأتين، كما تثبت بذلك الوكالة على المال، وكذلك إذ شهد شاهد وامرأتان على شهادة شاهد بمال، جاز ذلك على مذهب ابن القاسم، فهذه الثلاثة أشياء، تجوز فيها شهادة النساء، ولا يجوز فيها اليمين مع الشاهد، إذ ليس كل موضع تجوز فيه شهادة النساء يجوز فيه اليمين مع الشاهد، وأما كل موضع يجوز فيه اليمين مع الشاهد، فإنه يجوز فيه شهادة النساء. وسحنون يقول: إن كل موضع يجوز فيه شهادة النساء، يجوز فيه شاهدٌ ويمين، لأن من أصله، أن شهادة النساء لا تجوز إلا فيما يجوز فيه شاهد ويمين، خلاف مذهب ابن القاسم، ولو شهد الوصي الصغير أَن الميّت أوصى له بدنانير لم تقبل شهادته؛ لأنه يتهم على توقيعهما له بيده حتى يبلغ فيحلف، قاله محمد بن المواز. فإن خفي له الأمر، فليدفعها إليه. قاله أَشهب. وهو صحيح. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِل عمَّن دخل عليه قوم فدعا بوصية قد كتبها قبل ذلك بأيام من عند أهله، فقال: اشهدوا أن ما فيها حقّ وأنها وصيتي، أيقولون: اقرأها فإنها قد كانت بيد أهلك؟ فخاف أن يكونوا زادوا فيها. قال: ليس ذلك عليهم، وعليهم أن يشهدوا، من الجالس من ليس له في البيت أحد، ومنهم من يكون له صندوق يحمل فيه كتبه. قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو بيِّن، إذ هو أعرف بصحة ما يشهد به على نفسه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِل عمَّن أوصى لرجل بثلاثين ديناراً ولرجل بثلث ثلثه، وللآخر بما بقي من الثلث، فكان مال المتوفَّى ديناً على الناس، فاستأجر الموصى إليه على تقاضي ذلك الدين بعشرة دنانير فأراد أن يأخذ من وصايا أهل الوصايا بقدر الذي يصيب الذين أوصى لهم به من إجازة التقاضي. قال: إن كان في الثلث فضل، فإنما تلك الأجرة من

ذلك الفضل، وليس على الموصى لهم شيء، قال سحنون قال ابن نافع: وإن لم يكن في ذلك فضل كان ذلك عليهم في حظوظهم.

وسُئِل عمَّن أوصى لرجل بثلاثين ديناراً، ولرجل بثلث الثلث، ولرجل بما بقي من الثلث، وترك مالاً يكون ثلثه تسعين ديناراً، والمال دين على الناس، فاستؤجر على تقاضيه بعشرة دنانير، أيدخل على أهل الوصايا من العشرة شيء أو لا شيء عليه؟ فقال: يخرج العشرة التي استؤجر بها من رأس المال، ثم تكون وصية الميت فيما بقي من ماله بعد العشرة، يعطى الذي أوصى له الميت بالثلاثين الثلاثين، ويعطى الذي أوصى له بثلث ثلث، ثلثَ المال بعد إخراج العشرة التي استؤجر بها على تقاضيه، ويعطى الذي أوصى له بما بقي له من الثلث ما بقي من الثلث، إنما يدخل نقصان تلك العشرة على الذي أوصى له بثلث الثلث، وعلى الذي أوصى له بما بقي من الثلث: إن ارتفع المال كثر الثلث، وإن انخفض المال قلَّ الثلث. قال سحنون: وقَال ابن نافع: العشرة تدخل عليهم كلهم في حظوظهم، على صاحب الثلاثين وعلى الموصى له بثلث الثلث، وهما سواء في ذلك بمنزلة واحدة، وإنما هذا الذي ذكر قول مالك قديم، حين كان يقول: أرى أن تبدأ التسمية على الأجزاء، وقول مالك: إن كان من أوصى لرجل بثلث ولآخر بثلث الثلث، ولآخر بعشرة فإنَّ هؤلاء كلهم يتعاولون.

قال محمد بن رشد: قوله في المسألة الأولى: إن كان فيه فضل فإنما تلقى الأجرة من ذلك الفضل، وليس على الموصى لهم شيء، معناه عندي: إن كان لم يوص ببقية الثلث لأحد، وكان فيه فضل عن الوصايا، مثل أن يوصي لرجل بعشرة دنانير، ولآخر بثلث الثلث، ويترك المتوفى تسعين ديناراً ديناً فيستأجر على تقاضيها بتسعة دنانير بالثلث ثلاثون، يكون منه للموصى له ثلث الثلث، عشرة دنانير، وللموصى له بالعشرة دنانير، عشرة دنانير، وتكون الأجرة من العشرة الفاضلة من الثلث، ولا خلاف عندي في هذا الوجه بين مالك وابن نافع. وأما إن لم يكن في الثلث فضل، مثل أن يكون المال خمسة وأربعين؛ لأنه إذا أخذ الموصى له بالعشرة عشرة، والموجه له بثلث الثلث خمسة، نفذ جميع الثلث، فهنا يدخل الخلاف الذي ذكره بين مالك وابن نافع، فذهب مالك إلى أنه يخرج الأجرة من رأس المال، فإن كانت في التمثيل خمسة عشر، يبقى منه ثلاثون، ثلثه عشرة يكون للموصى بالعشرة على القول بأنه تبدأ التسمية على الجزء، ويتحاصان فيها على القول بأنه لا تبدأ التسمية على الجزء، فتكون العشرة بينهما بنصفين؛ لأن ثلث الثلث عشرة أيضاً. وذهب ابن نافع إلى أن تكون مفروضة على

المال كله، فيكون على كل واحد من الموصى لهم ما ينوبه منها، فيأخذ الموصى له بثلث الثلث، خمسة دنانير، والموصى له بالعشرة عشرة فإن كانت الأجرة في التمثيل تسعة دنانير، على الورثة ثلثها، ثلاثة دنانير، وعلى الموصى لهما على قدر وصاياهما فيكون منها على الموصى له بعشرة دنانير ديناران، وعلى الموصى له بثلث الثلث دينار، فيبقى للموصى له بثلث الثلث أربعة دنانير، وللموصى له بالعشرة دنانير، ثمانية دنانير، وللورثة أربعة وعشرون. وكذلك يختلف مالك وابن نافع أيضاً: إذا أوصى لرجل بعدد مسمى، ولآخر بجزء من الثلث، ولآخر بما بقي من الثلث، والمال دين، فاستأجر على تقاضيه، فذهب ابن نافع إلى أن الأجرة تكون مفضوضة على جميع المال، فيكون على كل واحد من الموصى لهم ما يجب عليه منها، وذهب مالك إلى أنها تسقط من رأس المال فتكون الوصايا على حالها في ثلث ما بقي منه. مثال ذلك: أن يكون الميت أوصى لرجل بعشرين ديناراً ولرجل بثلث الثلث، ولآخر بما بقي من الثلث، والمال مائة وخمسون ديناراً، فاستؤجر على تقاضيه بخمسة عشر ديناراً فذهب مالك إلى أنه يخرج الأجرة من جميع المال، يبقى مائة وخمسة وثلاثون، الثلث من ذلك خمسة وأربعون، يكون للموصى له بعشرين عشرون، وللموصى له بثلث الثلث خمسة عشر، وللموصى له ببقية الثلث ما بقي، وذلك عشرة. وذهب ابن نافع، إلى أن الأجرة تكون مفضوضة على جميع المال، فيكون على الورثة ثلثاها عشرة، وعلى الموصى لهم ثلثها خمسة مفروضة عليهم، على قدر وصاياهم. وهي عشرون للموصى له بعشرين، وسبعة عشر إلا ثلثاً للموصى له بثلث الثلث، وثلاثة عشر وثلث، للموصى له ببقية الثلث؛ لأن جميع المال على ما نزلناه مائة وخمسون، ثلثه خمسون، فلا يأتي قول مالك وابن نافع في هذه المسألة على اختلاف قول مالك في تبدئة التسمية على الجزء؛ لأنه خارج عن ذلك الأصل، وإنما يأتي قول كل واحد منهما على أصله الذي ذكرته عنه بقوله أراه سحنون، وإنما هذا الذي ذكر قول مالك قديم، حين كان يقول: أرى أن تبدأ التسمية على الأجزاء إلى آخر قوله لا يصح بوجه. ألا ترى أن الخلاف في المسألة بينهما على أصليهما ضاق الثلث عن التسمية والجزء، أو لم يضق عنهما، وهو إذاً لا اختلاف في أن كل واحد منهما يأخذ وصيته كاملة، وإذا ضاق عنهما جميعاً يدخل اختلاف قول مالك في تبدئة التسمية على الجزء في قول كل واحد منهما. وقد رأيت لابن دحون أنه قال: معنى قوله: إن كان في الثلث فضل، أي إن بقي للموصى له ببقية الثلث فضل، كان ذلك منه. قال: فالضرر يدخل عليه وحده في هذا القول، مثل أن يكون الثلث

ستين، فيكون لصاحب ثلث الثلث عشرون ولصاحب الثلاثين ثلاثون وتذهب العشرة الباقية في أجرة من يقاضي إن كان لزم الثلث من الأجرة عشرة، وإن كان لزمه منها أقل من عشرة، كان الباقي للموصى له ببقية الثلث، وإن كاد لزمه منها أكثر من عشرة، كان الزائد على العشرة على الموصى له بثلاثين وعلى الموصى له بثلث الثلث على قدر وصاياهم بالمحاصة، فينقض كل واحد منهما على قدر ما له. هذا معنى قوله باختصار كبير من لفظه، فيأتي في المسألة على ما حمل المسألة عليه إذا كان في الثلث فضل للموصى له ببقية الثلث ثلاثة أَقوال: أحدها: أن الضرر يدخل عليه وحده. والثاني: أن الضرر يدخل عليه وعلى الموصى له بالجزء، دون الموصى له بالتسمية، وهو قول مالك. وأن الضرر يدخل على جميعهم، وهو قول ابن نافع، والصواب على ما تأولنا عليه المسألة، وهو تأويل ظاهر في المعنى، يدل عليه قوله: وليس على الموصى لهم شيء، إذ لم يقل: وليس على الموصى لهم سواه شيء؛ لأنه منهم، فلو أراد أن ذلك يكون عليهم دونهم لاستثناه، أنه ليس في ذلك إلا قولان: أحدهما: أن الضرر على الموصى له بالجزء من الثلث، وعلى الموصى له بباقيه، وهو قول مالك. والثاني: أن الضرر يدخل على جميعهم، وهو قول ابن نافع، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِل عمَّن أوصى فقال رقيقي وثيابي لفلان، ثم مات وقد هلك بعض رقيقه، وخلق بعض ثيابه، واستفاد رقيقاً غير رقيقه، وثياباً غير ثيابه، فقال: للموصى له رقيقه الذين استفادهم وثيابه وما يشبه أن يوصى بسدس ماله، فله سدس ماله يوم يموت.

قال محمد بن رشد: مثل هذا فيه أول الرسم الذي بعده، وفي آخر رسم الوصايا الثاني، وفي رسم باع شاة من سماع يحيى في غير ما موضع، أنه إذا عم في وصيته، فقال: ثيابي أو رقيقي أو غنمي أو دوابِّي وما أشبه ذلك لفلان، أو صدقة على المساكين، أو أحرار في الرقيق وما أشبه ذلك، فاستبدل بهم، واستفاد غيرهم إليهم، أن وصيته تنفذ فيمن كان من ملكه يوم مات مما سمَّى، كانوا هم الذين كانوا في ملكه يوم أوصى أو غيرهم، أو هم وغيرهم؛ بخلاف إذا عينهم أو عين واحداً منهم، فإن وصيته لا تتعداهم إن عينهم أو عين واحداً منهم. والعبد وما أشبهه من العروض والحيوان تتعين بالإشارة إليه باتفاق، فإذا قال الرجل: إن مت فهذا العبد لفلان، أَو هذا الدرع لفلان وما أشبهه، فهلك واستفاد غيره مكانه، أو استبدل به سواه، فلا تنتقل الوصية إليه باتفاق، فإن قال: عبدي لفلان، ولا عبد له سواه، أو درعي لفلان، ولا درع له سواه، أو

سيفي لفلان، ولا سيف له سواه، يتخرج ذلك على قولين: أحدهما: أنه تعين بإضافته إليه، ولا تنتقل الوصية إلى غيره إن استبدل به سواه، والثاني: أنه لا يتعين بذلك، وتنتقل الوصية إلى غيره إن استبدل به سواه، على اختلافهم فيمن حلف أن لا يستخدم عبد فلان، فاستخدمه بعد أن أعتق، أو بعد أن خرج عن ملك فلان، وما أشبه ذلك. ومما يبين دخول الاختلاف في ذلك، أن ابن أبي زيد قد حكى في الكوادر من رواية أشهب عن مالك فيمن أوصى لأخيه بسيفه، أو بدرعه، فيهلك ذلك ثم يخلفه، فهو للموصى له، كما لو أوصى له بحائط فتنكسرُ منه النخلات ويغرس فيه رديًّا أو نبت فيه رديئي أو يزرع فيه زرعاً فذلك له. قال: وهذا الذي أراد الميت، فيما لو أوصى له بعبد فمات العبد، فتخلف غيره، فبخلاف ذلك، وظاهر هذه الرواية، أنه فرق في ذلك بين العبد وبين السيف والدرع، ولا فرق في القياس بين ذلك، فيتحصل في ذلك على هذا ثلاثة أقوال: أحدهما: أنه يتعين بذلك العبد والدرع، والثاني: أنه لا يتعين بذلك واحد منهما. والثالث: أنه يتعين به العبد، ولا يتعين به الدرع والسيف، وما أشبهه، وكذلك اختلف أيضاً هل يتعين العبد في هذا بالتسمية والصفة أم لا؟ فذهب ابن القاسم إلى أنه يتعين بذلك. قال في رسم باع شاة من سماع عيسى بعد هذا: أما من قال: رقيقي أحرار، فباعهم واشترى غيرهم، فإنهم يعتقون، ومن قال: عبدي النوبة حُرّ أو الصقلبي فباع ذلك كله، واشترى عبداً نوبياً أو عبداً صقلبياً، لم يعتق واحد منهم. ومما بين ذلك لك في الذي قال: رقيقي أحرار أنهم يعتقون إذا باعهم واشترى غيرهم أنه لو لم يبعهم واشترى غيرهم معهم عتقوا كلهم، وأن الذي قال: عبدي النوبة أو عبدي الصقلبي أو عبدي ثم اشترى عبداً غير عبده، أو عبداً نوبياً أو صقلبياً لم يعتق أولائك الذين أراد، وكذلك إذا باعهم، فإنما العتق فيهم. وقال أشهب: يلزمه العتق في جميع هذا، وكذلك لو قال: عبدي ميمون حرّ، ثم باعه واشترى عبداً سمه فرج لم يجب عليه عتقه، فإن سماه ميمونة كاسمه الأول، وجب عليه عتقه. ولو قال: عبدي الأسود حُرّ فباعه واشترى أبيض، لم يعتق عليه، فإن اشترى أسود مثل الأول، اعتق. هذا مذهب أشهب. ولو قال: أعبدي المسلمون أحرار بعد موتي، فأسلموا لم يعتقوا لأنه لم يردهم، ولو اشترى مسلمين، عتق من كان عنده. وبالله التوفيق.

وله من كتاب الوصايا

قال أشهب: وسمعته يسأل عن امرأة أوصتْ بثيابها لإنسان، فذهب بعض ثيابها،

واستخلفت ثياباً غيرها، ثم ماتت، فقال: أما ما استخلفت فهو للذي أوصت له، فثيابها كلها له، وكذلك لو قالت: متاع بيتي لفلان، فتنكسر الصحفة، ويذهب الشيء، ويخلف مكانه، فأرى ذلك كله له، أو تقول: ثيابي لفلان، فما أخلفت فهو له، وذلك الذي أرادت الميتة. وتعني أن يكون إنما كرهت أَن تفتش ثيابها أو يتناولها محدودا. وكذلك الذي يقول: سلاحي لابني، فيذهب سيفه ودرعه، ويشتري بسيفه آخر، ودرعاً آخر، فذلك له. ومثل ذلك الذي يقول: حائطي لفلان، فتكسر النخلات، وتموت، ويغرس فيه رديًا وينبت فيه قصب، ويزرع فيه زرعاً فذلك له. وهو الذي أراد الميت، فقيل له: أرأيت الذي يقول: غلامي لفلان، فيموت الغلام، ويستخلف غيره؟ فقال: العبيد ليسوا مثل هذا.

قال محمد بن رشد: قوله: وكذلك الذي يقول: سلاحي لابني فيذهب سيفه ودرعه، ويشتري سيفاً آخر ودرعاً آخر فذلك له، معناه: فذلك له بالوصية إن أجازه الورثة؛ لأن الوصية لوارث لا تجوز، إلا أن يجوزها الورثة.

وقد مضى الكلام على هذه المسألة فوق هذا في آخر الرسم الذي قبل هذا فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن امرأة كانت أوصت أن تباع وصيفة لها صبية ممن أحبت، وللصبية أم، فقال: لا يفرق بينها وبين أمها، فقيل له: إن أمها قد أحبت ذلك، قال: إن كانت أحبت ذلك أُمها، فإن ذلك جائز إذا كان على وجه النظر للصبية، يضعها عند من وقعت رحمته عليها ومن نظر أنه يرفق بها ويرحمها، فهذا يجوز إذا كان على هداه.

قال محمد بن رشد: اختلف في المنع من التفرقة، هل هي من حقّ الأم أو من حقّ الولد؟ فذهب ابن القاسم إلى أن ذلك من حقّ الولد، فلا يفرق بينهما وإن رضيت الأم بالتفرقة، وهو معنى ما في المدونة وقول ابن نافع في المجموعة، قال: لا يفرق بينهما وإن رضيت الأم، ويباع معها، ولا يوضع من ثمنها، كما يوضع من ثمن الأمة على ظواهر الأثر في النهي عن التفرقة مجملاً. وقال ابن عبد الحكم في كتابه: إن التفرقة بينهما جائزة إذا رضيت الأم، وهو قول مالك في هذه الرواية وقد قيل: إن ذلك دليل ما في كتاب التجارة إلى أرض الحرب من المدونة فانظر في ذلك، واختلف أيضاً في حد التفرقة، فذهب ابن القاسم في روايته عن مالك، أن حدها الإِثغار. روى ابن غانم عن مالك، أن حدها الاحتلام في الرجال، والمحيض في النساء. وقال ابن عبد الحكم

وغيره: لا يفرق بينهما أبداً وإن ضرب على اللحية على ظاهر قول النبي عليه السلام: " لا تُولَهُ والدةٌ عَلَى وَلَدِهَا، فَلا يُفَرَّقُ بَيْنَ الْوَالِدَةِ وَولَدِهَا ". وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسمعته يسأل عن امرأة أوصت فقالت: ما في بيتي لمولاتي فلانة، فقالت المولاة ثياب ظهرها لي، فقال: إذا كانت المرأة لا ولد لها وكانت مولاتها نفيسة عندها، ولم تكن ثيابها الثياب الرائعة التي يُظن بها أنها تصونها عن مثلها، ولم تقل: متاع بيتي، إنما قالت: ما في بيتي رأيت ذلك لها، وَعَسَى أن تكون أرادت أن تكف ثيابها. فقيل له: أرأيت إن كان لها ثياب مرهونة؟ فقال: إنما قالت: ما في بيتي فأما أن يكون لها ثياب عند أُخت لها أو مرهونة، فلا. فقيل له: أرأيت ما ماتت وهو عليها من ثيابها، وماتت في البيت، أتراها مع ثيابها التي في البيت؟ فقال: أرى لها، وإني لأحسب الثياب التي عنها ورثتها دنية، وأن الثياب التي في البيت أجود منها، وما أراها كانت تعطيها ثياباً وتمنعها هذه. وقد ذكر في غير هذه المسألة ما يشبه هذا القول، ولم تذكر نفيسة ولا غيرها، ولم تذكر دناءة الثياب ولا رفعتها، ولكن هذا مُرسَلاً إلا أنه سأل فقال: من ورثتها؟ فقيل: لم يرثها ولد.

قال محمد بن رشد: هذا كله بَيِّنٌ على ما قاله؛ لأنه ما لم ينص الموصى عليه نصاً جلياً وإنما يرجع فيه إلى الظاهر، فيستدَل فيه على إرادة الموصي بالأشياء التي سأل عنها وشبهها مما يغلب على الظن بها إرادة الموصي؛ لأن الأصل في الأحكام الظاهرة غلبة الظنون، إذ لا يقطع على مغيبها. ولذلك قال النبي عليه السلام: " إنَّمَا أَنَا بَشَر[1]،

(١) أخرجه البخاري (٦٦٦٣)، وأخرجه مسلم (٤٣٦٤)، وأخرجه الترمذي (٢٧٨)، وأخرجه أبو داود (٣١١٥)، وأخرجه النسائي في سننه (٥٣٣٥)، وأخرجه ابن ماجه (٢٣١١)، وأخرجه الدارمي في سننه (٣٢٢١)، وأخرجه مالك في الموطأ (١٣٧٧)، وأخرجه أحمد في مسنده (٣٨٩٤)، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٩٥٦)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥١٧٨)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٥٨٨٢)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٥٧٥٩)، وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢١٠٠)، وأخرجه الدارقطني في سننه (١٢٢٩)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٢٣٨٩)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٥١٥٩)، وأخرجه البزار في مسنده (٢٢٣٩)، وأخرجه أبو بكر البزار في البحر الزخار (٨٤٣)، وأخرجه الطبراني في مسنده (١٢٤٧)، وأخرجه الجوهري في مسنده (٦٢٩)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (٣١٤٧)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٥٨٠٣)، وأخرجه معمر بن راشد الأزدي في =

وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْض، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حقّ أَخيهِ شَيْئاً فَلَا يَأْخُذْهُ، فإنما أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النارِ". وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسمعته يسأل عمن أوصى لرجل بمائة درهم، فقال: أعطوه إياه وخُذوا منه خمسة دنانير لي عليه، فقال الموصى له: ما لَه عليَّ شيء ؛ فأطرق فيها ثم قال: ما أراه إعطاء المائة الدرهم إلا على هذا، فلينظر، فإن كان في المائة الدرهم فضل عن الخمسة الدنانير أعطاها الموصى له في رأي، وإن كانت الخمسة أكثر من المائة الدرهم، أُحلِف فيما فضل في رأسه، وإن لم يحلف غرمها، فقيل له: يحلف وإن لم تكن بينهما مخالطة، قال: وإن لم تكن بينهما مخالطة ليس المخالطة ها هنا شيئاً.

قال محمد بن رشد: قوله: إن المدعى عليه يحلف من غير مخالطة، صحيح؛ لأن الورثة لا يعلمون من يشهد لهم بالخلطة، وهذه المسألة هي إحدى الخمسة المسائل التي يجب اليمين فيها دون خلطة.

وقد مضى القول فيها في سماع أصبغ من كتاب الأقضية، وسواء ادَّعى الورثة معرفة الدَّين قبله، أو قالوا: لا ندري إلاَّ ما ادعاه موروثنا. وأما قوله: فإن لم يحلف غرمها، فمعناه، بعد أيمان الورثة إن ادعوا معرفة الدَّين قبله باتفاق، وإن لم يدعوا معرفتهم إياه قبله، فعلى اختلاف، والمسألة متكررة في هذا السماع من كتاب المديان والتفليس. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسمعته يسأل عن امرأة أوصت في مرض لها إنْ حَدَث به حدَث قبل أَن أُغير وصيتي، فلولد فلان عشرة دنانير، لكل إنسان منهم، فولد لذلك الرجل قبل موتها ولد، ومات ابنان من الذين كانوا له يوم أوصت، فقال: أما اللذان ماتا فليس لهما شيء، وَأما من ولد له قبل أن تموت فلهم عشرة عشرة، ممن وُلد قبل موتها ومن كان مولوداً يوم أوصت لهم.

=

الجامع (٩٠٦)، وأخرجه الطبراني في المعجم الصغير (٨٠٨)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٥٥٦٦)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٩٧١٤)، وأخرجه مالك في المدونة الكبرى (٥٥٠)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٣٨٢٣)، وأخرجه ابن حزم في المحلى بالآثار (٥١٠)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (٢١٤٥).

قال محمد بن رشد: حكم لولد فلان الموصى لهم في هذه المسألة بحكم معينين، فقال: إن الوصية تربط لكل من كان منهم حياً يوم ماتت الموصية، وإن كان ولد بعد الوصية إذا كان مولوداً قبل موت الموصية؛ لأن الوصية إنما تجب لهم بموتها، وذلك بيّن في هذه المسألة، لمساواتها بينهم فيما أوصت به لكل واحد منهم، فليست بمعارضة لمسألة رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم، ولا يدخل فيها الاختلاف منها ولا من مسألة الوصايا من المدونة في الذي يوصي لأخواله وأولاده. قال أشهب في النوادر: وسواء عرفت عددهم أو لم تعرفهم قال: ولو سمّتهم لم يكن لمن ولد قبل موتها شيء. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعته يقول لما توفي إسماعيل بن عبيد الله المقري تصدق بكل شيء هلك عنه، فرفع ذلك إلى هشام بن عبد الملك، فأجاز ثلثه ورد ثلثه.

قال محمد بن رشد: إنه لم يكن له وارث، ولذلك أوصى بجميع ماله. وقد أجاز ذلك له جماعة من العلماء إذا لم يكن له وارث، وهو مذهب أهل العراق، ولا يجوز ذلك على مذهب مالك وأصحابه. فما قضى به هشام من إجازة الثلث ورد الثلثين صحيح على مذهب مالك. وقد راعى مالك هذا الاختلاف فيمن أقرّ بوارث، فقال: إنه بإقرارِهِ أَنه وارثه، وإن لم يثبت له نسب بإقراره له. وسحنون يرى بيت المال كالسبب القائم، فلا يجوز له إقراره بوارث، وإن لم يكن له وارث معروف. وهو القياس على مذهب مالك في أَن وصيته لا تجوز بأكثر من ثلث ماله. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعته يسأل عمَّن أوصى إلى رجل بوصايا من عتق وصدقة وعيْن وغير ذلك، فأراد الورثة أَن يكشفوه عنه، وأن يطلعهم عليه، فقال: أَما الصدقة فليس لهم أَن يكشفوه عنها إذا كان غير وارث، إلا أَن يكون سفيهاً معلناً مارِقاً، فيكشف عن ذلك، ولهم أن يكشفوه، وإن كان غير وارث ولا سفيه كشف عن العتق؛ لأن ذلك يعقد لهم الولاء، فأما إذا كان الموصى إليه سفيهاً معلناً، فأَرى أن يكشف عن ذلك كله، فإنَّ من له الأوصياء من يتقبل على الوصية فلا ينفذ منها شيئاً، قال: ولا أرى إن كان الموصى إليه محتاجاً أَن يأخذ من ذلك شيئاً.

قال محمد بن رشد: هذا من بين قوله: إن الموصى يكشف عما جعل إليه من تنفيذ الوصية بالصدقة وغير ذلك مما لا يبقى فيه منفعة للورثة إذا كان سفيهاً معلناً

مَارِقاً يبين ما تقدم من قوله في أول سماع ابن القاسم في أنه ليس للوارث أن يقوم معه في تنفيذ الوصية، إلا أن يكون فيما بقي له منفعة كالعتق وشبهه. وقوله: إنه يكشف عن ذلك إذا كان سفيهاً معلِناً مارقاً، معناه: أَنه يكلف إقامة البينة على تنفيذ الوصية، فإن لم يأت بينة على ذلك وتبين تَقَبُّضُه عليها واستهضامِه لها، ضُمِّن إياها، وإن لم يكن بهذه الصفة منِ الاشتهار بالسفه والمروق، واتُّهم، استُحلف، فإن نكل عن اليمين ضمن، وإن كان من أَهل العدل والثقة لم تلحقه يمين، وهو محمول على الثقة والعدالة حتى يعرف خلاف ذلك من حاله وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن الرجل يوصي للرجل من ثمر أرض له بعينها بثلاثة آصُع له في كل سنة ثلاث سنين، فلم تخرج في سنة من ذلك شيئاً، أو لم يخرج إلَى أقل من ثلاثة آصع، أترى أن بعض ما خسر تلك السنة من غلة السنة الثانية؟ فقال لي: إن أَوصى أَن يعطي رجل من غلة أرض له بعينها ثلاثة آصُع في كل سنة، فأُعطي في سنة ثلاثة آصع، فلما كانت السنة الثانية لم تخرج الأرض إلا صاعين، أو لم تخرج شيئاً فأرى في السنة التي تأتي بعد أن يقضي ما نقص من الثلاثة آصع في السنة الماضية، إن كان في ثمر السنة التي بعد أكثر من الثلاثة آصع التي أوصى له بها، يعطى الثلاثة آصع من تلك السنة، ويعطى مما فضل من ثمرها ما خسر عليه من الثلاثة آصع التي أوصى له بها في السنة التي قبل هذه، وكذلك إذا مضت سنة أو سنتان، لا تُخرج الأرض شيئاً فإنه يُوفى من تلك السنة الثانية تسعة آصع، للسنتين اللتين لم يخرجا شيئاً ستة آصُع، ولتلك السنة ثلاثة آصع، إن كان في ثمر تلك السنة ما يوفيه، فإن مضت السنون كلها التي سمى له أنه يعطى من غلتها، ولم يأخذ شيئاً ولم يخرج الثمر شيئاً، أو أخذ وفضل لم أرَ له شيئاً. قلت له: أرأيت إن أخرجت الأرض أكثر مما أوصى له به الميت في تلك السنة، فيقول الذي أوصى له، أَوْفُوني ما أوصى لي به في هذا العام، واحبسوا لي بقية ثمره هذا العام، لأني أخاف ألّا تخرج الأرض فيما استقبل شيئاً. قال: أرى إذا أوصى في كل سنة بثلاثة آصع، أخرجت سنة وأحده عشرين صاعاً أو مائة صاع، فقال: احبسوا لي المائة كلها حتى أستوفي وصيتي مخافة أن لا تثمر فيما بقي، فأرى ذلك يختلف في أن يكون أوصى له بثلاثة آصع، فأخرجت مائة، فيريد حبسها فتهلك، فلا أرى ذلك، ولكن يحبس له بقدر في قلة ما أوصى له به وكثرة ما أخرج الحائط، وفي كثرة ما أوصى له به وقلة ما أخرج الحائط، وذلك يختلف أيضاً في الحوائط فيما يخاف منهما ولا يؤمن،

وفيما لا يخاف منهما قد عرف وجه ثمرها، ولا ينقص ولا يخلف، فإن كان في الحائط المأمون الذي لا يكاد يخلف، فلا أرى أن يحبس له من ذلك شيء، وإنما ينظر في ذلك إلى قدر ما يوصى له به، وعلى قدر الخوف على الثمر والرَّجَا لَهُ.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إنه إذا أوصى له بعدد مسمًى من ثمر حائط في كل عام سنين مسماة أو حياته، إنه يُجبر له ما نقص من عام من العام الذي يليه ما لم تنقص السنون التي سماها، بخلاف إذا أوصى له بالعدد المُسمَّى من ثمرة كل سنة سنين مسماة أيضاً أو حياته، فلا يُجبر له ما نقص من العام الذي بعده. ومثله في المدونة وفيما يأتي في هذا الرسم، وفي رسم الوصايا الذي فيه الحج والزكاة. وقوله: إذا أخرجت الأرض في سنة أكثر مما أوصى له به فيها، فسأل أن توقف له البقية مخافة النقصان، إن ذلك على الاجتهاد في كثرة ما أخرج الحائط وقلة ما أوصى له به، وفي قلة ما أخرج الحائط وكثرة ما أوصى له به، وفي أمن الحائط والخوف عليه، صحيح بيّن، ولا إشكال فيه، واختلف إن أراد الورثة أن يأخذوا الفضل ولا يوقفوه، ويضمنوا له النقصان، فقيل: ذلك لهم، وهو الذي يأتي على ظاهر ما في سماع سحنون لابن القاسم، وقيل: ليس ذلك لهم إلاَّ برضاه، وهو قول مالك في رسم الوصية الذي فيه الحج والزكاة من سماع أشهب هذا. ويحتمل أن لا يحمل ذلك على أنه اختلاف من القول، فيكون معنى قول ابن القاسم في سماع سحنون: إذا كانوا أملياء يؤمن العُدم عليهم في غالب الحال. ومعنى قول مالك في سماع أشهب: إذا لم يكونوا أملياء، أو كانوا أملياء يُخاف عليهم العُدم. والصواب: أن يفسر ما في سماع سحنون لقول مالك في هذه الرواية التي ذكرناها؛ لأنه قال فيها: لا تريد ضمانكم ولا اتباعكم، فيقال: معنى ما في سماع سحنون إذا رضي الموصى لهم بضمانهم، ولم يتكلم في هذه الرواية التي ذكرناها على توقيف الحائط مدة الثلاثة أعوام، التي أوصى في كل عام منها بالآصع من ثمرها، وذلك من حقّ الموصى له إذا حمل الحائط الثلث، أو أجاز ذلك الورثة. وهنا تكلم في سماع سحنون فقال: إن ضمن الورثة ذلك، وإلا أنفقوا العبد والحائط، ومعنى ذلك، إذا حمله الثلث، ورضي الموصى لهم بضمان الورثة. وقد وقع في سماع سحنون أنه يجبر ما نقص في العام من العام الذي بعده، إذا أوصى له بالعدد المسمى من غلة كل سنة، وهو لفظ وقع على غير تحصيل، فلا يقال فيه: إنه اختلاف من القول. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسمعته يسأل لابن غانم عن الرجل يوصي بثلث ماله للفقراء والمساكين، وله مالٌ ودارٌ ومنزلٌ، فيقول أهل الميراث: نريد أن نقوم ذلك قيمة، فنحسب عليها ثمن الدار والمنزل، فإن لنا أعداء، وقد علموا ألاَّ نترك دارنا ومنزلنا، فهم سيزيدون عليها ضرراً بنا، فقال: اكتب إليه إنما أوصى لهم بثلث ماله، فانقطع لهم بثلث ماله ذلك كله ثلث الدار، وثلث المكان، وثلث كل شيء، ولا يباع ذلك عليهم ولا يقام، وزاد في الكتاب الذي فيه الوصايا والحج والزكاة، قال مالك: لأنهم نزلوا بمنزلة الشركاء في تلك الدار والمنزل، وليس يكون بين الشركاء في الدور والأرضين أمدٌ يجبرون عليه للاقتسام.

قال محمد بن رشد: أنزل مالك في هذه الرواية الموصى لهم بثلث من الفقراء والمساكين بمنزلة الأشراك في جميع مال الميت، فرأى من حقهم أن يقسموا ما ينقسم فيبيعوا نصيبهم منه مقسوما إن دعوا إلى ذلك، وزعموا أَن ذلك أوفر لحظهم، وأن يباع ما لا يقسم، ولا يقوم شيء من ذلك إلا برضاهم. قال ابن القاسم في رسم الجواب من سماع عيسى بعد هذا في الذي يوصي بعتق ووصايا وله مدبَّرون، فيدعون إلى البيع، ويريد الورثة التقويم، إن حقّ المدبَّرين وأهل الوصايا ما دعوا إليه من البيع، يريد: إلا أَن يحب الورثة أخذه بما يعطى فيه من الثمن، فيكون ذلك لهم، أَو لمن شاء منهم، ولا يكون بمنزلة الأشراك في قسمة ما لا ينقسم من ذلك أن دعوا إلى قسمه، فقالوا: من بيْع حطنا مقسوما أوفر لنا، وروى ذلك أيضاً أصبغُ عنه في الرسم بعينه وقال هو من رأيه: إن التقويم من حقّ الورثة إذا دعوا إليه وكرهوا البيع، كان ذلك مما ينقسم أو مما لا ينقسم، وهو قول ثالث في المسألة. وروى علي بن زنادٍ عن مالك أنه ينظر إلى الأرفق بالمساكين، من المقاسمة أو البيع في المزايدة فيفعل ذلك، وهو قول رابع في المسألة.

وقال محمد بن المواز: أما إن كانت وصيته فيما لا ينقسم مع غيره كالمدبر والوصية بالعتق أو بعبد أو بشيء بعينه، فالقيمة أعدل بينهم وبين الورثة، وإن كان ما قال ابن القاسم أقيس. قال: وَأما من أَوصى بثلثه، فالقسم أولى من القيمة ومن البيع، ويقسم ما ينقسم، وأما لا ينقسم فالبيع أولى إلا أن يتراضوا على التقويم. وتفرقة ابن المواز هذه حسنة، وهو قول خامس في المسألة. والاختلاف في أنه إذا أوصى بثلثه لرجل بعينه، أنه بمنزلة وارث من الورثة، شريك منهم بالثلث في جميع مال الميت،

يكون من حقه أن يقسم ما ينقسم، وأما ما لا ينقسم فمن شاء منهم أن يأخذه بما يعطى فيه، فإن تشاحوا ذلك تقَاوَمُوه فيما بينهم. هذا تحصيل القول في هذه المسألة وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسمعت مالكاً يسأل عن رجل توفي وترك يتامى كان يليهم وترك ولداً له وأخوات، فأوصى بيتاماه إلى رجل وبأخواته إلى رجل، وسمى للْولد إنساناً، وله بنتٌ كبيرة، بنْتُ أربعين سنة أو خمسين سنة، لم يسمِّها باسمها مع ولده حين سماهم ولم يذكر أموال ولده حين سماهم، حتى إذا كان في آخر الوصية قال: وأموالُ ولدي كلهم إلى فلان، يعني الرجل الذي أوصى إليه بولده الذين سماهم، فقالت البنت: أنا الآن في ولايته أم لا؟ فقال: إن كانت أهلاً لأن تلي نفسها فذلك إليها، تعطى مالها ويكون بيدها، وإن كانت على غير ذلك، كان مالها بيد الموصى إليه. وربَّ بنتِ خمسين سنة، لا تلي نفسها. وأما وصيتهُ بِيَتامَاهُ إلى رجل، فذلك إذا أراد الخير.

قال محمد بن رشد: قوله: وترك يتامى كان يليهم، معناه: بإيصاء أبيهم بهم إليه، وكذلك قوله في أخواته، معناه: أنَّهنَّ إلى نظره بإيصاء أبيهن بهن إليه، ولذلك أُعمل إيصاؤه على يتاماه وأخواته؛ لأن للموصي أن يوصي بما أوصى به إليه في حياته وبعد وفاته، لا خلاف أحفظه في ذلك، ولم يبين في قوله: وله بنت كبيرة بنت أربعين سنة أو خمسين إن كانت بكراً مُعَنَّساً لم تتزوج، أو قد تزوجت ودخل بها زوجها. وجوابه محتمل للوجهين جميعاً؛ لأنه أعمل قول الأب: وأموال ولدي كلهم إلى فلان، فرآها بذلك ممن قصد الأب إلى الإيصاء عليها مع سائر إخوتها فقال: إنها إن كانت أَهلاً أن تلي نفسها، فلا ينفذ عليها إيصاء الأب، وإن لم تكن أهلاً أن تلي نفسها، نفذ عليها ذلك. هذا معنى قوله. ولم يتكلم على ما يحمل عليه إن جعل مما لها فإن كان تكلم على أَنها بكر معنَس، فإرادته أَنه إن جهل حالها لم ينفذ عليها إيصاء الأب بالتعنيس لأنها محمولة على الرشد، ما لم يعلم سفهها على مذهب من رأى أنها تخرج بالتعنيس من ولاية أبيها، ولا يصح أن يكون جواباً على القول بأنها لا تخرج بالتعنيس من ولاية أبيها؛ لأنها على هذا القول في ولاية أبيها وإن علم رشدها، فكيف يصح أن القول إن كانت أهلاً أن تلي نفسها لم ينفذ عليها إيصاء أبيها، وإن كان تكلم على أنها قد تزوجت ومضى لها مع زوجها مدة يحكم لها فيها بالرشد، وتكون محمولة عليه ما لم يعلم سفهها على الاختلاف في حد ذلك، فإرادته إن جهل حالها لم ينفذ عليها إيصاء الأب،

ولا يصلح أن يكون تكلم على أنه لم يمض لها مع زوجها مدة يحكم لها فيها بالرشد؛ لأنها في هذا الحدِّ في ولاية أبيها وإن علم رشدها فكيف يصح أَن يقول: إنها إن كانت أهلاً أن تلي نفسها لم ينفذ عليها إيصاء أبيها؟

هذا بيان هذه المسألة وهي من المسائل المشكلة. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِل عمَّن زوج ابنته ابن أخيه، فولدتْ منه أولاداً، فلما حضرته الوفاة أوصى لولد بنته بوصية، وأوصى لهم بما أوصى به إلى امرأته، فأراد أبوهم أن يأخذ ذلك لهم وهو عدل، فقال: لا أرى ذلك له وأرى ذلك إلى من أوصى إليه به الميت؛ لأنه لَهَا أراد أن يكون ذلك على يدها لتجمع ذلك لهم، وتنظر فيه لهم، فأرى ذلك إلى من أوصى به إليهم.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إنه ليس للأب أَن يأخذ ما أَوصى لهم به جدهُم للأم؛ لأنه إنما أَوصى لهم به على أن يكون لهم بيد امرأته، وهي أحق بمالِهِ وبالشرط فيه. وَأما إيصاؤه بهم إلى امرأة، فلا يجوز ذلك عليهم ولا على أبيهم؛ لأنهم في ولاية أبيهم، ولا حقّ للجد في الإيصاء بهم إلى غيره. والله الموفق.

مسألة:

وسُئِل عن رجل أوصى بحوائط له على مواليه وأولادهم وأولاد أولادهم يأكلون ثمرتها، لكل إنسان منهم أربعون صاعاً، وأوصى بذلك إلى رجل، فأراد الوصي أن يبتاع لهم من ثمر الحائط رقيقاً للحائط يعملون فيه ويقومون، ليكون ذلك أعدل فيما بينهم وبين الورثة، فأبى ذلك المَوالي وكرهُوه، قال: ليس ذلك لهم، لكن أرى أَن لا يشتري ذلك لهم في عام واحد، فيقطع بهم، وأرى أن يبدأ بذلك، فيشتري بعضهم في ثمرة، وبعضهم في ثمرة أُخرى ولا يشتري لهم ذلك كله من ثمرة واحدة، فهذا الذي أرى.

محمد بن رشد: هذا بيِّن على ما قاله؛ لأن ذلك إذا كان من النظر لهم، فمن الرفق بهم ألّا يشتري ذلك من فضلة عام واحد، فيضيّق بذلك عليهم. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِل عن رجل أوصى وهو بالمدينة بمالٍ له في سبيل الله فقدم قوم من أهل المصيصة المدينة حجاجاً منصرفهم من حجهم منقطعاً بهم لا يقدرون على شيء يتحملون به، ويعطون من ذلك شيئاً في سبيل الله؟ فقال: لا أرى أن يعطوا منه شيئاً هم اليوم أبناء سبيل، ولم يوص الميت لابن السبيل بشيء، وإنما أوصى به في سبيل الله

فليسُوا اليوم من أهل سبيل الله، وإنما هم أبناء سبيل فلا أرى لهم فيه شيئاً ولا أرى أن يعطوا منه شيئاً، ولكن أَرى أن يعطى من أهل المدينة من يخرج غازياً، أو يبعث به إليهم، فيعطوا في سبيل الله، فقيل له: إن منازل هؤلاء القوم هناك، وهم من أهل الغزو، إلا أنهم قد انقطع بهم ها هنا، فليس في أَيديهم ما يتحملون به، فقال: لا أرى أن يُعطوا منه شيئاً؛ لأنهم أبناء سبيل، وليسُوا بغُزاة، وإنما يحتملون به إلى أهلهم، ثم إن بدا لهم غَزْواً، وإن شاؤوا لم يغزوا فلا أرى أن يعطوا منه شيئاً؛ لأنهم أبناء سبيل، وليس لابن سبيل فيه حق، وإنما أوصى به في سبيل الله، فهؤلاء أبناءُ سبيل، فلا أرى فيه شيئاً.

محمد بن رشد: هذا كله كما قال: إن أَهل المصيصة وإن كانوا من أهل الغزو، فليسوا بغزاة في رجوعهم من حجهم، فلا يصح أن يعطوا من المال الذي يوصي به في سبيل الله، وإن انقطع بهم في ذلك؛ لأنهم أبناء سبيل، ولو كان انقطع بهم في رجوعهم من غزوهم لا من حجهم، لجاز أن يعطوا منه على ما حكى ابن حبيب في الواضحة من أَن من أعطي شيئا في سبيل الله، فله أن ينفق منه في غزوه في مسيره وقفله، خلاف ما في رسم الوضوء والجهاد من سماع أَشهب من كتاب الجهاد، إنه لا يعطى من المال المسبل في سبيل الله لمن انقضى رباطه، وانقطع به في قُفوله إلى أهله، وأجاز في هذه الرواية أن يعطي المال المجهول في سبيل الله لمن يخرج به غازيا أن يبعث به إلى من يقسمه في الثغور خير في ذلك بين الأمرين، واستحب في سماع ابن القاسم من كتاب الجهاد أن يعطى بالبلد إن وجد من يغزو منه، ولا يبعث به إلى الثغور مخافة أن يبعث به إلى هناك فيضيع، على ما قاله في رسم طلب منه. قال ابن المواز: إنما يعطيه لمن قد عزم، لا لمن لا يخرج إلا بما يعطى. وقوله يحمل على التفسير لقول مالك؛ لأن من لم يعزم على الخروج إذا أعطي على أن يخرج، لعله يأخذ المال ولا يخرج. ومن معنى هذه المسألة ما في رسم البزِّ من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والولايات.

وقد مضى الكلام عليها وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِل عن الذي يوصي بالوصية لابن السبيل، فيجد اليهودي والنصراني منقطعاً بهما، أَيكون لهما في ذلك شيء؟ قال لا ليس لهما من ذلك شيء، إنما يراد بهذه الأشياء أهل الإسلام، وليس يراد بذلك النصارى ولا اليهود ولا عبدة الأوثان، ليس يراد بهذه الأمور إلا أهل الإسلام، أَتراه أراد بهذا المجوس أو عبدة الأوثان؟ وإنما يكون مثل هذا للفقراء والمساكين وابن السبيل من أهل الإسلام، ليس من أهل الشرك

والكفر.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله؛ لأن الوصية لأهل الكفر مكروهة، حسبما ما مضى بيانه مستوفى في رسم ندرسه من سماع ابن القاسم، فلا يصح أن تحمل وصيته إلا على ما يستحب لا على ما يكره. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِل عن رجل أوصى إلى أخيه وإلى غلام له، فأرادت امرأته بيع الغلام، وقالت: ثمنه ثلاثة آلاف دينار، أفترى الوصية إليه جائزة؟ فقال: نعم، الوصية إليه جائزة، وذلك على ما قال الميت، وليس الأمر على ما قالت المرأة، وأرى أن تخرج به إلى السوق، فيقام قيمته، ثم يستخلص لمن يلي حقّ الورثة من ميراثهم، فيعطوا المرأة ثمنها منه بمنزلة ما لو أوصى بعتقه، إنما هو كمن اشترى لهم، فأرى هذا أولى ولا ينظر إلى ما تقول المرأة، ويعطى من أموال الذين يليهم ما يقام عليهم في السوق قيمة عدل، وتمضي وصيته، ويجوز ما أوصى به سيده. قلت له: إنه قد وقعت فيه بعد ذلك مواريث غير واحدة، فقال: إن الوصية له ماضية على ما أوصى به الميت، وليس بأول عبد أوصى إليه سيده، فجاز ذلك، قد ارتضاه سيده وأوصى إليه، وقد أوصى غير واحد إلى عبده وغيره لم يجد في ذلك خيراً منهم، فأرى ذلك جائزاً ويقام قيمته على من يلي، فتعطى المرأة من ذلك ثمنها، بمنزلة ما لو أعتقه، وكأنه اشتراه لهم. قال أَشهب: وسألت الليث عن ذلك فقال لي: وصية جائزة، ويقام قيمته على من يلي من الورثة، فيستخلص لهم، وتعطى المرأة من قيمته ومن كان بمنزلتها ممن لا ولاية للعبد عليه ووصيته جائزة.

قال محمد بن رشد: قول الليث بن سعد مثل قول مالك، وما قالاه جميعاً صحيح على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة، ومعنى ما فيها من إرادته أن وصية الرجل بولده إلى عبده جائزة، فإن كان فيهم أكابر، نظر للأصاغر في الأيام التي لهم، إلا أن يدعو الأكابر إلى البيع، فإن دعوا إليه قوم حكمهم على الأصاغر، إلا أن يكون عليهم في ذلك ضرر ولا يكون لهم مال، فيبيع الكبار حظهم، ويبقى نصيب الصغار لهم، ينظر لهم في الأيام التي لهم، إلا أَن يكون على الكبار في ذلك ضررا فيلزم الأصاغر البيع مع إخوتهم الأكابر، وتنفسخ الوصية لأن الموصي إنما أراد أن يكون ناظراً لهم ما كان عندهم، واستحسن أصبغ إن كان المشتري في موضع اليتامى مقيماً به أن يبقى على إبقائه، ومعنى ذلك عندي: إذا رضي بذلك المشتري.

وقال سحنون في المجموعة: إنما يكون العبد ناظراً للصغار، إذا كانوا كلهم سواء فيما يتكلف لهم العبد، فيكون على قدر مواريثهم منه، وقوله صحيح، إذ قد يكون لأحدهم دون إخوته المال الكثير، قد ورثه عن أمه، فيحتاج فيه إلى نظر زائد على إخوته. قال سحنون: وإن كان فيهم كبير فهي وصية لوارث، فإن أجازها الكبار وإلا بطلت. وقول عبد الملك أصح، إذا قلنا: إنه إنما ينظر للأصاغر في الأيام التي لهم. وقال ابن كنانة: إن أجاز الكبار أن يلي، ولا يشغله عنها جاز ذلك، وإلا اشترى للأصاغر حظ الأكابر. قال أَشهب: وإذا استخلص الأصاغر لسعة مالهم، فكل من بلغ، يريد وملك أمره اشترى حظه لمن بقي، حتى يكون آخر ذلك لمن بقي مضرة بهم، لكثرة ثمنه، وقلة مالهم من منفعته، فلا يقوم عليهم، ويبقى بينهم. فإذا شاء الكبار البيع، بيع كله، وأقام لهم الإمام غيره. وقال أشهب: وإن أوصى إلى مكاتبه فذلك جائز، وليس فيه تقويم على من تولى إلاَّ أن يعجز. قال في المجموعة: وإن أوصى إلى أئمة ولده، أو مدبرة أو عبد له، أو معتق بعضه، أو معتق إلى أجل، فذلك جائز. قال سحنون: أما المعتق إلى أجل، فلا يجوز، إلا أن يرضى الأكابر؛ لأنه يستقل عن خدمتهم. وقال أَشهب في المجموعة: وإذا أوصى إلى عبد غيره فذلك جائز إن أجازه السيد، ثم ليس له بعد رجوع إلا لعذر من بيع أو سفر، أو لعلة منه أو من العبد. إلى غير الموضع الذي الورثة فيه، فيقيم لهم الإمام غيره. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسمعت مالكاً يسأل عن رجل أوصى لرجلين بعشرة دنانير، لكل واحد منهما في كل سنةٍ حياتهما من ثمر ما له، فلمَّا كان عام الأول، أصاب الثمار الذي أصابها، فلم تبلغُ الثمرة ما أوصى لهما به، وقد كان في وصيته فإن نقصا تحاصا، فلما كان العام جاء الثمر بفضل كثير، فأراد أن يأخذ من غلة العام ما نقص من وصيتهما في غلة عام أول، فذلك لهما؟ فقال: نعم ذلك لهما.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما مضى في صدر الرسم، وقد تقدم الكلام عليه فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسمعته يسأل عمَّن توفي وأوصى لرجل بعبدٍ آبق، أَو جمَل شاردٍ، فأتى به بجُعل، على من ترى ذلك الجُعل؟ قال: على الذي أوصى له بالعبد، وليس ذلك على ورثة الميت في مال الميت؛ لأن هذا عليه ليس على الورثة أن يطلبوه، وإنما ذلك

بمنزلة أن يوصي له بوسق من غلته يخير، فيقول: احملوه إلى المدينة، فلا يكون ذلك له، وعليه أن يأخذ ذلك بموضعه الذي هو به يوم أوصى له به، فعليه أن يأخذ ذلك. وأن يطلب الجمل الشارد، أو العبد الآبق. وليس على الورثة أن يطلبوه، فقيل له: إن جاء به إلى المدينة وليس فيه جعل، أيكون ذلك على الورثة في مال الميت أم على الموصى له؟ فقال: بل على الموصي له. فقيل له: أرأيت إن أوصى الرجل للرجل بعبده، على من ترى أن يأتي به؟ فقال: ذلك على الموصى له، يذهب يأخذه حيث هو، قيل له: إن الورثة يقولون: لا بُدَّ لنا أَن نقوِّمه ها هنا حتى يقيمه، فقال: أما إذا كان ذلك بالموضع الذي هو له فيه قيمة، يرغب به مثل رقيق المال، فإن ذلك إنما يقام بموضعه الذي هو به، وعلى الموصى له أَن يذهب حيث يأخذه، وأما ما كان من ذلك بموضع لا قيمة فيه، ثم أَراد الورثة إقدامه ليقيموه، فأرى ذلك عليهم حتى يقيموه ثم يقبضه الموصى له به، وليس كل الوصيَّة تقام، إنَّما يقام منها ما يخاف أَن يكون أكثر من الثلث.

محمد بن رشد: هذا كما قال إنه إذا أوصى لرجل بعبده الآبق، أَو بجَمله الشارد، فإن على الموصى له طلب العبد الآبق، والجمل الشارد، وأخذ العبد الغائب بموضعه الذي هو به، وليس على الورثة جلبه إلى الموصى له، إلا أن يحتاجوا إلى تقويمه ولا يكون له قيمة بموضعه الذي هو به، فعليهم أن يجلبوه ليقيموه، يريد: من بقية الثلث، فهو معنى قوله: فأرى ذلك عليهم حتى يقيموه، ثم يقبضه الموصى له، فإن لم يكن في الثلث فضل عن قيمة العبد، أخرج ما يلزم في ثلثه من رأس مال الميت، ثم يخير الورثة بين أن يُجيزوا الوصية بالعبد للموصى له به، وبين أن يقطعوا له بثلث الميت في العبد أو شائعاً في جميع مال الميت، على اختلاف قول مالك في هذا في كتاب الوصايا الثاني من المدونة. فهذا الذي يأتي في هذه المسألة على ما بيناه من قول مالك في آخر رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب في الذي يوصي لرجل بثلاثين ديناراً، ولرجل بثلث الثلث، والمال دين على الناس، فاستأجر الموصى عليه على تقاضي ذلك الدين بعشرة دنانير، إنما يكون فيها فضل من الثلث إن كان فيه فضل حسبما بيّناه هناك، وكذلك لو أوصى الميت بجلب العبد الغائب، فيعطاه الموصى له به من موضعه الذي هو به، إذ ليس أكثر من ثلث، بخلاف الذي يقول: ثلث ما لي هو لي إن فعلت كذا وكذا، فيفعله، إن عليه النفقة من غير الثلث حتى يبلغه، كالذي يجب عليه صدقة شيء من ماله بنذر أَوْ حنْثٍ ببلدٍ ليس فيه مساكين، إنه يلزمه أَن يحمله من ماله إلى موضع

فيه المساكين، ولو وجبت عليه الصدقة من الزكاة في موضع ليس فيه مساكين، لم يجب عليه أن يحملها من ماله إلى موضع يجد فيه مساكين.

وقد مضى بيان هذا كله، في رسم نقدها من سماع عيسى من كتاب النذور، وفي رسم العشر من سماع عيسى من كتاب زكاة الحبوب. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعته يسأل، فقيل له: إنه كان لي أخ حرّ، وأنا مملوك فلما حضرته الوفاة، أوصى لي بدراهم، فطلبتها من الوصي، فأبى أن يعطينيها، وخاف أن أفسدها فدفعها إلى مولاي فكساني منها، ثم سألته أن يعطيني بقية الدراهم، فأبى، فذهبت إلى الذي دفعها إليه، فلقيه في ذلك، فقال: ما انتزعتها منه، ولا أدفعها إليه، فلم تزل في يديه حتى باعني ممن أعتقني، فصرت حراً، فطلبتها منه الآن فأبى إعطاءها إياي، فقال: إن كان نزعها منك وأنت مملوك فذلك له، وليس ذلك بحسن، وإن لم يكن نزعها منك فأراها لك.

قال محمد بن رشد: هذا بَيّنٌ على ما قاله؛ لأن السيد ينتزع مال عبده، بدليل قول النبي عليه السلام: " مَنْ بَاعَ عَبْداً[1] وَلَهُ مَالٌ فَمَالَهُ لِلْبَائِعِ، إلا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ ". وقد بَيَّنٌ في هذه المسألة أَنه لم ينتزعها منه حتى أَعتقه، بدليل قوله: ما نزعتها منه ولا أدفعها إليه، فيلزمهُ أن يدفعها إليه بعد عتقه، ولأن مال العبد في العتق تبَعٌ له، بخلاف البيع. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أشهب: وكتبتُ إليه أسأله عَمَّن أوصى فقال: لفلانٍ من ثلثي عشرة دنانير، ولفلان ثلثي، أو قال: لفلان ثلثي، ولفلان منه عشرة دنانير، أو قال: لفلان ثلثي،

---

(١) أخرجه الترمذي (١١٦٢)، وأخرجه أبو داود (٢٩٨١)، وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٨٢)، وأخرجه أحمد في مسنده (٥٣٨٧)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٠٣١)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٤٨٥١)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠١٧٨)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٠٥٧)، وأخرجه البزار في مسنده (١٣٦)، وأخرجه الطبراني في مسنده (٢٤٦)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٤١٩٩)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٥٦٣٧)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٢٠٨٠)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٢٩٦١)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢٠٨٦)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٤٥٢).

وطفلان عشرة دنانير، لم يسمها من الثلث، فكتب إليّ يقول: سواء قال لفلان عشرة دنانير من ثلثي، ولفلان ثلثي، أو قال: لفلانٍ ثلثي، ولفلان منه عشرة دنانير، هو سواء، يبدأ صاحب العشرة، ثم يكون ما بقي من الثلث للذي أوصى له بالثلث؛ لأنه انتزع منه العشرة الدنانير التي سماها للرجل، ولكن إن قال: لفلان ثلثي، ولفلان عشرة دنانير، ولم يقل من الثلث، فإنهما يتحاصان، يحاص الذي أوصى له بالعشرة دنانير، ويحاص الذي أوصى له بالثلث، فما بلغ الثلث يتحاصان هكذا في ثلث مال الموصي.

قال محمد بن رشد: لا اختلاف إذا قال: لفلان ثلثي ولفلان منه عشرة دنانير أن العشرة تُبدأ على الثلث، وكذلك إذا قال: لفلان من ثلثي عشرة دنانير ولفلان ثلثي والأول أبْين إذا أَخرَ مِنْ. وَأما إذا لم يأت ومِنْ أَولاً ولا آخِراً، فاختلف قول مالك في ذلك على ثلاثة أقوال: أَحدها قوله: هذا ومثله قي رسم الكبش من سماع يحيى، وهو المشهور أنهما يتحاصان. وقد روي عنه أن القسمة تبدأ على الجزء. وروي عنه أن الجزء يبدأ.

وقد مضى هذا كله في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم، فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسمعته يسأل عن الذي يتصدق بعبد له على رجل أو يهبه له لثوابٍ أو لغير ثواب، أو يوصي له بوصية ويتبعه ماله؟ قال: لا يتبعه ماله، وأرى ذلك كله بيعاً لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: " مَنْ بَاعَ عَبْداً[1] وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائع إلا أَنْ يَشْتَرِطَهُ أَلْمُبْتَاعُ ". قال مالك: لا يتبع العبد ماله في ذلك كله، إلاَّ أن يعتق فيتبعه ماله. فأما إن كانت له الكسوة أو الشيء اليسير، مثل ذلك، فإني لا أرى له أخذ ذلك في الصدقة. قال

(١) أخرجه الترمذي (١١٦٢)، وأخرجه أبو داود (٢٩٨١)، وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٨٢)، وأخرجه أحمد في مسنده (٥٣٨٧)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٠٣١)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٤٨٥١)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠١٧٨)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٠٥٧)، وأخرجه البزار في مسنده (١٣٦)، وأخرجه الطبراني في مسنده (٢٤٦)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٤١٩٩)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٥٦٣٧)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٢٠٨٠)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٢٩٦١)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢٠٨٦)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٤٥٢).

سحنون: هي جيدة خير من رواية ابن القاسم.

قال محمد بن رشد: اختلف قول مالك في مال العبد الموصى به لرجل، فمرة قال: إنه للموصى به قياساً على العتق، بخلاف البيع، ومرة قال: إنه لورثة الموصي قياساً على البيع، بخلاف العتق.

وقد مضى القول على هذا في رسم البز من سماع ابن القاسم، فلا معنى لإعادته. وقوله في هذه الرواية: إن الكسوة والشيء اليسير ليس لسيد العبد أن يأخذه، يريد: لا في الوصية ولا في البيع، وبشبهه من الهبة والصدقة، هو مثل ما في رسم الوضوء والجهاد من سماع أشهب من كتاب الجهاد. وقد مضى القول على ذلك هنالك وقلنا فيه: إنه أصح مما في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب التجارة إلى أرض الحرب؛ لأن ظاهر الرواية أن يكون المبتاع ما كان من هيأتها ولباسها وإن كان كثيراً، وهو بعيد وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعته يسأل عن المولى عليه يحسب مالاً بيده، أَينتزع منهُ؟ فقال: هو مثل ما ورث، فقيل له: هو اكتسبه وسعى فيه، فقال: ربّ رَمْيةٍ من غيرِ رام.

قال محمد بن رشد: هذا كمال قال؛ لأنه قد صار ماله، وإن كان من كسبه، فلا يترك له لِئَلاَّ يُتلفه، لقول الله عزْ وجل: ﴿وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء: ٥] الآية.

مسألة:

وسئل فقيل: إن زوجي أوصى إليَّ بولدي منه، فأراد بعض ولدي القسمة، فقال لها: ما ترك زوجك من المال؟ فقالت: ثلاثة أرؤس ومكاتَباً، فقال لها: أما المكاتب، فدعيه كما هو بينهم، وأما ما بقي فخذي منه ثمنك ثم اقسمي ما بقي بينهم، فقالت: أبأمر السلطان؟ فقال: لا، ولكن بأمر العدول.

قال محمد بن رشد: ظاهر قوله في هذه الرواية، إنه أجاز للأم الوصية أن تأخذ ثمنها مما يخلف زوجها، وأن تقسم الباقي بين بَنيها بأمر العدول دون السلطان، والمسألتان مفترقتان، أَما قسمتها على بنيها وأخذها ثمنها، فالمشهور المعلوم أَن ذلك لا يجوز إلا بأمر السلطان، فإن قاسمت لنفسها عليهم، لم تجز القسمة، وكانت منتقضة، إلا أن يجيزها السلطان، وإن كان سداداً يوم القسمة إذا لم يكن اليوم سداد، وقد قيل: إنها تجوز إذا علم السداد والنظر فيها لهم، وهو قوله في هذه الرواية؛ لأنه أجاز أن تأخذ لنفسها ومنها بأمر العدول؛ لأنه إنما اشترط العدول في ذلك، ليعرفه السداد

ويشهدُوا به، وأما قسمتها مال بنيها فيما بينهم، فإنها جائزة، إذا عرف السداد فيها، وهو مذهبه في هذه الرواية ومعنى ما وقع في كتاب القسمة من المدونة من أن الوصي لا يقسم مال الأيتام فيما بينهم إلا بأمر السلطان. وقيل: إن فعله في ذلك محمول على السداد حتى يثبت خلافه، وهو الذي يأتي على ما في كتاب الرهون من المدونة لأنه أجاز فيه للوصي أن يشتري لبعض أيتامه من بعض، وإذا أجاز شراءه من بعضهم لبعض، فأحرى أن يُجيز قسمته فيما بينهم؛ لأن القسمة بيع من البُيوع، وقيل: إنها تمييز حق، وعلى ما في كتاب الرهون من المدونة يأتي ما لمالكٍ في رسم الطلاق من هذا السماع بعد هذا خلاف قوله في هذه الرواية، فتدبرْ ذلك. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسأله ابن كنانة فقال له: إن رجلاً كان يلي يتامى في حجره، فاشترى حائطاً، ذَكَرَ حين اشتراه أنه إنما اشتراه لأيتامه بثمن قمح إلى أجل معلومة، فأقام الحائط في يديه زماناً يستغله للأيتام كل سنة، معلوماً ذلك عند الناس، حتى اجتمع لهم في يده من غلة ذلك الحائط مال كثير، ثم خيف على وليهم الإعدام، أفترى لبائع الحائط في مال الأيتام حقاً؟ فقال له: هذا مثل الذي يشتري بالدين ويقول: إنما اشتريته لأيتامي هؤلاء. فلا يلزمهم ذلك، فقال له ابن كنانة: إن الحائط الذي اشترى من البائع قائم بعينه في أيدي الأيتام، وقد اجتمع لهم في يد وليهم من غلته مال كثير، فيرجع البائع على ماله حيث وجده، أم على المشتري لولي الأيتام؟ فقال له: أليس كتاب الدين على اسمه؟ فقال: بلى، فقال: ما أرى أن يتبعهم الآن ولكن يبدأ هو به فيتبعه بذلك، فإنه الذي لا شك فيه، ولا يتبعهم بذلك، فقيل له: إن ذلك أبغضها إلى البائع، فقال: ذلك الذي أرى إلا أن يرفعوا ذلك إلى القاضي، فيكشف عن ذلك، ويسأل عنه كله، وينظر فيه، فأما ولي الأيتام فليتبعه البائع.

قال محمد بن رشد: لا يجوز للوصي أن يشتري بالدين على أيتامه، لوجهان: أحدهما: أنه قد يهلك ما اشتراه لهم بالدين، فيطلبون بالثمن عند حلوله، وتباع عليهم فيها أموالهم إن كانت لهم أموال أو تتبع بها ذمتهم إن لم تكن لهم أموال. والوجه الثاني: أن ما اشترى بالدين يزاد فيه على القيمة، ولا يجوز أن يشترى لليتامى شيء بأكثر من قيمته، فإن فعل، نظر السلطان في ذلك، فإن رأى أن يمضيه على اليتيم أمضاه عليه، وإلا رده، على ما قال في الرواية، فإن رده ولم يمضه على اليتيم لزم الوصي، ولم يكن له أن يرده، إلا أن يكون البائع قد صدقه فيما زعم من أنه إنما اشتراه ليتيمه، وباعه

على ذلك بتصريح وإقرار، فلا يلزم الوصي الشراء إذا رده الإمام على اليتيم على ما وقع لأصبغ في آخر سماعه من كتاب جامع البيوع.

وقد رأيت لابن دحون في هذه المسألة أنه قال فيها: معناه أنه اشتراها لنفسه، ثم أقرّ أنه اشتراه ليتاماه، فألزمه الثمن، لكنه كتبه على نفسه، ثم ينظر بعد ذلك فيه اليتيم، يريد ابن دحون أنه لو اشتراه من أول لأيتامه، فرد الإمامُ البيع عنهم، ولم يُمضه عليهم، لن يلزم ذلك الوصي، وانتقض البيع فيما بينه وبين البائع، وليس ذلك بصحيح، بل يلزم الوصي الشراء في الوجهين جميعاً لنفسه، إذا ردَّ الإمام البيع عن أيتامه، إلا أن يكون البائع قد صدقه فيما زعم من أنه يشتريه لأيتامه وباعه على ذلك بتصريح وإقرار، على ما ذكرناه عن أصبغ. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعته يسأل عمَّن كان يلي يتامى، فكان لا يتحفظ في أموالهم، ويتناول منها، فلما بلغوا سألهم أن يحللوه مما بين كذا إلى كذا، فحللوه على ما قال، ثم قالوا بعد زمان: لست في حل، فقال: أَنا أَرى في مثل هذا أن يجوز الذي يرى أنه أصاب من أموالهم، ويحتاط فيه، حتى لا يشك أو يأتي رجلاً فيخبره بالمال وبأمره، وما كان منه فيه، وما تناول حتى يحرره له ويختلط فيه، حتى لا يشك إن لم يحسن هو حرره، ثم يخبرهم بالذي عليه في ذلك من التباعة، فيحللونه، وهم يعلمون من أي شيء حللوه، فأما أن يجيء إليهم فيقول لهم حللوني مما بين كذا إلى كذا، فيحللونه، فإنهم يقولون: بعد ظننا أنه يسير، فأرى أن يُحرز ذلك بإحباط ثم بحللهم.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، إن التحلل لا يلزمهم، إذا لم يعلمهم بمقدار مالهم عليه من التباعة فيما تناوله من أموالهم، فيلزمه أن يعلمهم بمقدار ذلك حتى يحللوه منه بنفوس طيبة. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعته يسأل لابن غانم، هل يقبل قول الموصى قد دفعت إلى يتاماي أموالهم أم لا يقبل ذلك منه إلا ببيّنة؟ فقال: لا يجوز قول ذلك عليهم قد دفعت إليهم أموالهم إلا ببينة. قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦]. فلا يجوز قوله عليهم في ذلك إلا أن يكون رجلا ادعى على وليه أنه لم يدفع إليه ماله بعد زمان طويل قد خرج فيه عن حال الولاية فيما يُعرف من ماله وأمره، حتى إذا طال الزمان وهلك الشهود قال: فلان كان يليني ولم يدفع إليَّ مالي فليس هذا بالذي أريد.

قال. محمد بن رشد: هذا كما قال، من أن والي اليتيم يُصدق مع يمينه في دفع مال اليتيم إليه إذا أنكر القبض، وقد طالت المدة؛ لأن طول المدة دليل على صدق قوله؛ لأن العرف يشهد له، فيكون القول قوله، كما يكون قول المكتري في دفع الكراء إذا طال الأمد بعد انقضاء أمد الكراء، حتى يجاوز الحد الذي جرى العرف بتأخير الكراء إليه، وكما يصدق المشتري في دفع ثمن ما اشترى إذا طال الأمد، وإن كان قد اختلف في حد ذلك على ما قد مضى تحصيل القول فيه في رسم الأقضية من سماع أشهب من كتاب جامع البيوع. وكما يصدق البائع أيضاً في دفع السلعة إلى المشتري إذا قام عليه بعد أن دفع إليه الثمن بمدة، يدعي أنه لم يقبضها منه حسب ما مضى القول فيه في رسم الكراء والأقضية من سماع أصبغ، من كتاب جامع البيوع. فالأصل في هذا أن المدّعي يصدق في دعواهُ إذا كان معه دليل يدل على صدق قوله. ولم يبين في الرواية كم حد الطول الذي يصدق فيه والي اليتيم في دفع ماله إليه، وهو على مذهبه في الرواية ما يهلك فيه الشهود، لقوله فيها حتى إذا طال الزمان وهلك الشهود، وذلك عشرون سنة على ما روى عيسى عن ابن القاسم في رسم البراءة من سماع عيسى من كتاب القسمة. وهو نص قول أشهب في كتاب ابن المواز في هذه المسألة بعينها، إلا أن يكون قد طال زمان ذلك مثل الثلاثين سنة، أو عشرين سنة، مقيمين معه لا يدَّعون شيئاً ثم يطلبون الآن، فليس عليه في هذا إلاَّ اليمين لقد دفعها إليهم. وقال القاضي أبو بكر محمد بن زرب: إذا قام على وصيه بعد انطلاقه من الولاية بأعوام كثيرة، كالعشرة والثمان، ثم يدعي أنه لم يدفع إليه ماله، فلا شيء له قبله، يريد من المال، ويحلف لقد دفعه إليه، وإذا لم يكن في حد ذلك سنة يرجع إليها، والذي يوجبه النظر أن يكون القول قول اليتيم إنه ما قبض حتى مضى من المدة ما يغلب على الظن معها كذبه في أنه لم يقبض وصدق وليه في أنه قد دفع. وذلك يختلف باختلاف ما يعرف من أحوالهما. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل توفي وأوصى إلى رجل وترك من الورثة آمناً صغيراً وثلاث بنات، وأُمه وزوجته، وترك مصحفاً قيمته خمسة وعشرون ديناراً أترى أن يستخلصه الوصي للغلام؟ فقال: إني لستُ أدري ما تركه الميت. فقيل له: أموال عظام من أُصول وغيرها، فقال ما سن الغلام؟ فقيل ابن ست سنين. فقال ما أرى بذلك بأساً أن يستخلصه للغلام. وقد كان من أمر الناس أن يُحبس لولد الميت هذا وما أشبهه:

السيف والمصحف وما أشبههما، فلا أرى بأساً أن يستخلصه له. فقيل له: أيستخلصه للغلام والجواري فإنهن ربما عُلمن القراءة في المصاحف؟ فقال: أحدث إليَّ أن يستخلصه للغلام وحده وهذا من خير ما يُشترَى له، إن بلغ فاحتاج إلى ثمنه وجد به ثمناً فأرى له أن يستخلصه له ولا أرى بذلك بأساً.

قال محمد بن رشد: هذا بينٌ على ما قاله؛ لأنه من النظر لليتيم الذي لا يخفى وجهُه. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسُئِل عمَّن توفي وأوصى إلى امرأته بولدها وماله، وولدُها منه جارية بنت ثلاث سنين، وغلام ابن خمس سنين، فأرادت النكاح، أينزع منها ولدها إن نكحت؟ فقال: ما آمن ذلك عليها أن ينزعا منها؛ لأنه المرأة إذا تزوجت غُلبت على جلّ أمرها حتى تعمل ما ليس بصواب، فما أخذ مني أن ينزعا منها. ولو صبرت على ولدها فلا أرى لها أن تدخل على ولدها رجلاً. والولاة يقولون ذلك، ليس لك أن تدخلي عليهما رجلاً فما أخذ مني إن تزوجت أن ينتزعا منها.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم حلف من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسمعته يسأل عن رجل أوصى في مرضه فقال: إن أرضي التي بموضع كذا وكذا إنما هي لامرأَتي، ليست لي وأشهد على وصيته فقال: من ورثه معها؟ فقيل: ولده، فقال: أمنها أو من غيرها؟ فقيل: منها، فقال: ذلك أحرى أن لا يتم عليهم إذا كان ورثته ولده، وكانوا منها وأرى أنه إن لم يكن لها بينة إلا قوله ذلك في مرضه الذي مات منه، لا شيء لَها، ولكن تطلب على ذلك ثبتاً كان في صحته أو علماً يعلم أن تلك الأرض كانت لها، وأما قوله: فلا أرى لها بذلك شيئاً ولتطلبْ ثبتاً على ما ذكر لها، وأرى أن ينظر إلى تلك الأرض ما ثمنها أقليل أم كثير؟ ثم تعلمني بذلك. قيل له: فإن هذا الرجل أوصى بشيء من ثلثه لأقارب له، ولم يشهد لهم على ذلك كأقاربهم، فقال: أرى هذا ضعيفاً، لا يشهد لهم إلا أقاربهم، ما أرى هذا إلا ضعيفاً. قيل له: فإنه أوصى بثلثه لقوم، وأوصى في طعام عنده ألاَّ يباع، وأن يحبس لعياله كلهم يستنفقونه، فجاء أهل الثلث يطلبون ثلث ذلك الطعام، وقالوا: قد أوصى بثلث ماله، وهذا من ماله، فقال: لا شيء لهم فيه، ليس للموصَى لهم في هذا الطعام كلام، ولا وصية لهم فيه،

إنما وصيتهم في ثلث مال الميت، إلا هذا الطعام؛ لأن الميت قد نَزَعه منهم، وجعله لغيرهم، ولم يرد أن يكون لهم فيه وصية، ولا كلام للموصى لهم بالثلث فيه، وإنما الكلام في ذلك للورثة؛ لأن بعضهم يشكل ما لا يشكل بعض، وبعضهم أكثر ميراثاً من بعض، فهم الذين لهم فيه الكلام، فأما الذي أوصى لهم الميت بثلثه فليس لهم في هذا الطعام شيء ولا كلام، وإنما لهم الثلث مما سواه؛ لأن الميت قد انتزعه منهم ولم يوص لهم فيه بشيء.

قال محمد بن رشد: إقرارُ الرجل في صحته أو في مرضه بما يعرف مِلكٌ له من شيء بعينه، إنه لفلان وفلان وارث أو غير وارث، يجري مَجرى الصدقة والهبة، ويُحْمَلُ مَحملهما، ويحكم بحكمهما إن أجاز ذلك المقر له به في صحة المقر جاز له، وإلا لم يجز، هذا ما لا اختلاف فيه أحفظه، إلا أن يكون إقراره بذلك على سبيل الاعتذار، فلا يلزمه حسبما ما مضى القول فيه في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات، وفي سماع أشهب ورسم العشور من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح، فلا إشكال فيه، في أن الذي أوصى في مرضه بأن الأرض الذي له بموضع كذا وكذا، إنما هي لامرأته، لا يجوز ذلك من إقراره، لأنها وصية لوارث، فلا تأثير لجواره ذلك فيما سأل عنه من كونه موروثاً بولدٍ منها أو من غيرها، وإنما أراد أن يبين أن إقراره لها في مرضه بأرضه المعروفة لا يجوز لها بحال، وإن كان موروثاً إذ يرفع التهمة عنه فيما يقرّ لها به في مرضه من أن لها عليه ديناً فقال: وأرى إن لم تكن لها بينة إلاَّ قوله ذلك في مرضه الذي مات منه، لا شيء لها، وقوله: ولكن يطلب على ذلك ثبتاً كان في صحته، أي إقرار منه لها بذلك في صحته، يريد فيجوز ذلك لها وينفذ إن كانت قد حازته عنه مع ذلك في صحته. وقوله: أو علماً يعلم أن تلك الأرض لها، يريد: بينة تشهد على ذلك فيحكم لها بالبينة، لا بالإقرار، وكذلك لا تأثير لجواز إقراره لها في مرضه بأرضه المعروفة له فيما سأل عنه أيضاً من قلة ثمن وكثرته على ما بيناه من أنها وصية لوارث، فلا تجوز في القليل ولا في الكثير، ولو كانت الأرض التي أقرّ لها بها في مرضه، لا يعرف ملكه لها، لكان حكم ذلك حكم إقراره لها بدين يجوز لها، إن لم يكن مُتَّهماً فيها بصبابةٍ أو ميل، وكان موروثا بولد. وفي رسم العتق من سماع عيسى بعد هذا من هذا الكتاب بيان هذا.

وقد مضى تحصيل القول فيه بإقرار المريض بدين لوارث أو غير وارث في رسم حلف ليرفعن أمراً إلى السلطان من سماع ابن القاسم من كتاب المديان والتفليس، فلا

معنى لِإعادته. وتضعيفه لشهادة أقاربه فيما أوصى به لأقاربه من ثلثه صحيح، وذلك بيان على القول بأن الوصية تكون لجميعهم، وتقسم بينهم على السواء؛ لأنهم شهدوا لأنفسهم، فوجب ألا تجوز شهادتهم على ذلك، إلا أن يكون الذي ينوبُهم من ذلك شيء يسير، فيجوز على اختلاف في ذلك، قد ذكرناه في مسألة أفردنا القول فيها على هذا المعنى. وَأما القول بأن الوصية تقسم بينهم على الاجتهاد ويبدأ الفقير منهم على الغني في ذلك، فإن كان الذين شهدوا على الوصية أغنياء لا ينالهم من الوصية شيء، وجب أن تجوز شهادتهم، إلاَّ أن تكون الوصية بحبس تقسم غلته في كل عام، فلا تجوز شهادتهم وإلا كانوا أغنياء، إذ قد يفتقرون فيكونون إنما شهدوا ليجيزوا الوصية إليهم إن افتقروا. وأما قوله: إن الوصية بثلثه لا تدخل في الطعام الذي أوصى أن يحبس لنفقة عياله، فهو بيِّن ظاهر المعنى، وبالله التوفيق.

ومن كتاب العتق

وسمعته يسأل عمَّن أوصى لعبده بعتقه، أيعتق حين يموت الموصى؟ أم حتى يقام المعتق؟ فقال: أَما العبد الذي لا يشك فيه أنه يخرج من الثلث، لكثرة ما ترك الموصي من المال، وإذا كان ذلك مأموناً، فأرى أنه حين مات الموصى وإن مات قبل أن يقام ورثته من الأحياء.

قال محمد بن رشد: هذا بيِّن على ما قاله؛ لأنه إنما يقام ما يُخشى ألا يحمله الثلث، وأما ما لا يشك أنه أقل من الثلث فهو حُرّ يوم يموت الموصى. ولا يدخل هذه المسألة الاختلاف في الذي يعتق عبده في مرضه، وله مال مأمون، هل يسأل عتقه الآن في مرضه؟ أو حتى يموت؟ لاحتمال أن يطول مرضه حتى يتلف ذلك المال المأمون، وإن كان ذلك نادراً. وأما هذا العبد الذي مات سيده الذي أوصى بعتقه وله مال مأمون لا يشك أن العبد يخرج من ثلثه، ليس فيه أمر يتوقع. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية الثالث

وسئل عن رجل بعث إلى رجل بطعام يقسمه، فقسمه، ثم أقام بعد ذلك سنين، ثم مات وأوصى بدراهم وغير ذلك، ولم يذكر الطعام، ثم قدم الباعث وكان غائباً، فأراد من ورثته تفسير ذلك القمح وقسمته، وهل قسمه أم لا؟ هل ترى ذلك يلزم الورثة؟ فقال: لا يلزمهم شيء، قيل له: أترى أن يُستحْلفوا؟ فقال: ما أرى ذلك عليهم. سمعت السائل يقرأ عليه المسألة، وسمعت من مالك الجواب، ولم أفهم كل ما قرأ عليه في

المسألة، فأخبرني أصحابنا بما قرئ هذا عليه، وأما الجواب فقد سمعته من مالك، ورأيت السائل يقرأ عليه الكتاب.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إنه لا يلزم الورثة إقامة البينة على أنه قد قسم الطعام الذي بعث إليه ليقسمه، كأنه إنما كانت تجب عليه اليمين لقد قسمه، فقد سقطت لموته. وأما الورثة فاستحْلافهم بالتهمة أمر مختلف فيه، فجوابه على القول بأن اليمين لا تحلف بالتهمة. ولو حقق الباعث للطعام الدعوى على الورثة بأنهم يعلمون أنه لم يقسم الطعام، للحقت اليمين من كان منهم مالكاً لأمر نفسه قولاً واحداً. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى لعبده بوصية فيشهد عليه ابناه وله ورثة سواهما، فقال: شهادتهما له جائزة.

قال محمد بن رشد: هذا بيِّن على ما قاله، إذ لا تهمة عليهما في شهادتهما للعبد بالمال؛ لأنه عبد لجميعهم، ولا تعلق في المال الذي أوصى له به، فيُتَّهم الشاهدان على انفرادهما بولاية دون من سواهما ممن لا يرث الولاء بحال، أو دون من سواهما ممن هو أحق منهما بالولاء ما كانا حيَّيْن. وإنما يعتق العبد في وصية سيده له إذا أوصى له بثلث ماله؛ لأنه يكون موصى له حينئذ بثلث نفسه، ولا يصح للعبد ملك نفسه.

وقد مضى الكلام على هذا في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم. وتأتي المسألة أيضاً في رسم أسلم يرسم الرهون من سماع عيسى، وفي رسم الصبرة من سماع يحيى وبالله التوفيق.

ومن كتاب الوصية الذي فيه الحج والزكاة

قال وسمعته يسأل عمَّن أوصى لخمس مواليات له، أمهات أولاده، عزلهن وسماهن بأغدق من حائط قال: تعطى مَولاتي فلانة من ثمر هذه الأغدق في كل سنة ما عاشت خمسة آصُع، وتعطى فلانة منها في كل سنة ما عاشت عشرة آصع، وتعطى فلانة منها في كل سنة ما عاشت ثمانية آصُع، حتى يسمى لكل واحدة منهن آصعاً مسماة تعطاها في كل سنة ما عاشت، فكن يعطين كذلك، فماتت منهن أربع نسوة، وبقيت منهن واحدة، فقال الورثة: قد رجع إلينا ما كان يكون لهن، وقالت المولاة: لا بَل ذلك لِي. قال: بل يرجع إلى الورثة، ولا يكون لها منه شيء، ولا يكون لها إلا ما

سمى لها، ويحاصها الورثة في ثمر تلك النخلات بالأربع نسوة، اللاتي متن، فما صار لهن من شيء من المحاصة كان للورثة، فقلت له: إنما هو رجل عزل خمس نخلات له فأوصى فيهن بخمس مولايات له ما عشن، لكل واحدة منهن خمسة آصع ما عشن في كل سنة، فمات الأربع نسوة منهن، وبقيت واحدةٌ، ولم تخرج الخمس نخلات كلها إلا خمسة آصع في سنة منها، أيتم لها

الخمسة الآصُع التي أوصى لها بها؟ أم تحاص بوصية صواحبها في ثمرة تلك النخل، فلا يصير لها من الخمسة الآصع إلا خمسها، وهو صاع. فقال لي: لا يتم لها ذلك، ولكن يحاصها الورثة بوصية صواحبها فينقص بذلك، ويكون ذلك للورثة، فقيل له: فإن النخل أخرجت سنة ستين صاعاً، فقالت الباقية: أعطوني ما أوصى لي به، واحسبوا لي ما بقي من الثمن، فإني أخاف أَن لا يخرج النخل ثمراً فيما استقبل، فقال: وربما قصرت النخل، قيل له: ربما كان الجراد فقصرت، فقال: أما لو كن كلهن، رأيت ذلك أن يحبس لهن، وأرى إذا قصرت النخل عاماً أن يتم ذلك لهن من العام المقبل، فأما هذه الواحدة فلا أرى أَن يوقف ذلك لها، ولكن يوقف لها منه ما يرى، فقيل له: أرأيت إن ضمنا لها مكيلة مالها؟ فقال: ليس ذلك لكم، هي لا تريد ضمانكم ولا اتباعكم.

قال محمد بن رشد: في هذه المسألة أن حظ من مات من الخمس موليات من الثمرة في المحاصة يرجع إلى الورثة، ولا يكون للباقية منه شيء، هو على اختلاف قول مالك في المدونة في الذي يوصي لقوم بأكثر من ثلث ماله، فيموت بعضهم قبل موت الموصي، هل يرجع حظه إلى الورثة فيحاصون به من بقي منهم؟ أو لا يرجع إليهم ويكون لمن بقي من الموصى لهم حتى يستكملوا وصاياهم؟ إذ لا فرق بين المسألتين في المعنى والقياس؛ لأن حظ من مات من المؤليات من الثمرة يبطل بموتها قبل وجوب الثمرة لهن، كما يبطل حظ من مات من الموصى لهن بالثلث بموته قبل موت الموصي، فيلزم في هذه المسألة على قياس القول بأن من مات من الموصى لهم قبل موت الموصي تبطل وصيته، ولا يحاط بها الورثة أهل الوصايا، لا يرجع حظ من مات من المؤليات من الثمرة إلى الورثة، وتكون لمن بقي منهن حتى يستكملن وصاياهن، ولا اختلاف في أن ما نقص من حظهن في هذا العام يوفونه من ثمرة العام الذي بعده. إن كان فيه فضل عن حقوقهن. وقد مضى في رسم الوصايا القول في توقيف ما فضل من الثمرة عن حقوقهن، لما يخاف من تقصيرها فيما يأتي عن

حقوقهن، وإن ذلك إنما يكون على الاجتهاد في كثرة ما أخرج الحائط وقلة ما أوصى به، وقلة ما أَخرج الحائط وكثرة ما أوصى به، وفي أمن الحائط والخوف عليه، وهو معنى قوله في هذه الرواية. وقوله في الضمان: ليس ذلك لكم، هي لا تريد ضمانكم ولا اتباعكم، ظاهره خلاف ما في سماع سحنون بعد هذا. وقد يحتمل أن يتأول على ما يجمع به بين الروايتين، حسبما ذكرناه في رسم الوصايا المذكور، ولم يتكلم في هذه الرواية على توقيف الحائط، وذلك من حقّ الموصى لهم إذا حمله الثلث وأجاز الورثة الوصية، وهنا قال فيما يأتي في سماع سحنون: إن ضمنوا ذلك له، وإلاَّ وقف العبد والحائط. ومعنى ذلك: إذا رضوا بضمانهم. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الوصايا

وسمعته يسأل عمَّن أَوصى، فقال في وصيته: ثلثي لفلان، ولفلان دينار، ولفلان ثلاثة، قال: يخرج من الثلث الديناران والثلاثة، ثم يقسم ما بقي من الثلث. قيل له: أَرَأيت إن أراد أن يأخذه لنفسه؟ فقال: ليس ذلك له.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه المسألة: ثلثي لفلان، معناه: إلى فلان يلي قسمته فيما يراه من وجوه البر، فلذلك قال: إنه يخرج من الثلث الديناران والثلاثة، ثم يقسم ما بقي منهم، وذلك بيِّن مما وقع في كتاب ابن عبدون لأنه ذكر الرواية فيه عن مالك، فقال: إلى فلان ثلثي، ولفلان ديناران ولفلان ثلاثة، فليبدأ بالتسمية، ثم يأخذ فلان باقي الثلث يلي قسمته في سبيل الخير. قال أشهب: وذلك أنه قال: إلى فلان ثلثي فيخرج ذلك أن يلي إنفاذه. وأما من قال: ثلثي لفلان، ولفلان ديناران، ولفلان ثلاثة، فيتحاصّوا إذا لم يقل في التسمية من ثلثي. وهذا أحب إليّ. وقد تقدم مثله في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم. وفي رسم الوصايا الذي قبل هذا من هذا السماع. ويأتي مثله لابن القاسم في رسم الكبش من سماع يحيى. ولمالك قول آخر أن يبدأ أهل التسمية. وقد روي عن مالك أنه بيد أهل الجزء. وقوله: إنه ليس له أن يأخذه لنفسه صحيح، إذ لا إشكال في أنه ليس أن يستأثر بجميعه على حال، وإنما الكلام هل له أن يأخذ منه مثل ما يعطي غيره.

وقد مضى الكلام على هذا في رسم سن من سماع ابن القاسم فلا وجه لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعته يسأل عمن له وصيان فسأل أَحدهما ثلاثين ديناراً من غلة دارٍ له قد تفالس بها وأمكن من نفسه وقال: اسجنوني، ولليتيم اثنان وعشرون ديناراً عيناً، ودار غلتها خمسة دنانير، فأراد اليتيم أَن يسكن منزلاً منها كراؤه دينار، فقال الوصي الذي ليس له قبله شيء: أَنا أَتكارى لك منزلاً بخمسة دراهم، وأكري هذا البيت بدينار، فقال له: ثلاثون ديناراً عند مفلس، وله اثنان وعشرون ديناراً، أرى إن كان يتكارى له نحواً من منزله قريباً منهُ من مسجده في عمران فذلك له، وإن كان إنما تكارى له قاصياً من منزله ومسجده، أو في خراب، فليس ذلك له، فقيل له: أرأيت هذا الوصي المنقطع بهذه الثلاثين ديناراً يخرج من الوصية؟ فقال: نعم أرى أن يخرج منها إذا وجد من يدخل مكانه من أَهل الثقة مع الوصي الباقي، فقيلِ له: أرأيت إن كان الوصي الباقي ثقة؟ أيدخلون معه؟ فقال: نعم، إذا كان أمراً يخاف أَلا يقوى عليه وحده، فإن كان أمراً يقوى عليه لم يدخل عليه آخر.

محمد بن راشد: رأى مالك رحمه الله ما ذهب إليه الوصي، من أن يجري لليتيم المسكن الذي أحب اليتيم سكناه بدينار، ويجري له منزلاً سواه في موضع آخر بخمسة دراهم، نظرا لليتيم لغلة ماله، إذ قد ذهب منه عند الوصي ثلاثون ديناراً فلم يبق منه إلا اثنان وعشرون ديناراً، إذا كان الموضع الذي يتكاراه له قريباً من منزله ومسجده، وفي عمران، وذلك نظر صحيح لليتيم، لما عليه من الضرر في البعد عن مسجده ومنزله. وفي السكنى في خراب. والوصي الذي أكل من مال يتيمه ثلاثين ديناراً، ثم تجالس بها، وقال: اسجنوني، واجب أن يعزل عن النظر له إن كان وحده، إذ لا يُؤْتَمَن مثله على مال اليتيم، وأَما إن كان معه غيره، فلم يقم وحده بالنظر له، ولا وجد من يدخل معه سوى الأول، فمن النظر لليتيم أن يقرّ عن النظر له مع الوصي الآخر لأنه شاركه في النظر الذي لا يقوى عليه وحده، ولا يمكنه من أن يغيب على شيء من مال اليتيم، فهو معنى قول مالك: إنه يخرج عن الوصية إذا وجد ثقة يدخل مع الوصي الآخر مكانه، وأما إن قام الوصي الآخر بالنظر لليتيم وحده، أو وجد من أهل الثقة من يدخل معه مكانه فلا نبغي أن يقرّ على الإيصاء بحال، إن كان الوصي الآخر يقوم بالنظر وحده، فلا يدخل معه غيره كما قال مالك إذ يكره أن ينظر له مع غيره، إلا أن يرى ذلك الإمام. فقد تبين له أن الموصي لم يرد أَن ينفرد بالنظر لولده وحده. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعته يسأل عمَّن أوصى فقال: بيعوا غلامي ممن أَحب، فقال: أحب أن تبيعوني من فلان، فباعوه منه بستين ديناراً وهي قيمة العبد، ولم يعلموه ما أوصى به الميت، ثم علم، فقال: لمْ تعلموني بما أوصى به الميت، ولو أعلمتموني ما اشتريته بهذا الثمن، أترى له أن يرده؟ فالطرق فيها طويلاً، ثم قال: ما أرى له شيئاً، إنما قيل للعبد: ممن تحب أن نبيعك؟ فقال بيعوني من فلان، ولا أحب فلانا ولا فلاناً فلا أرى له شيئاً.

قال محمد بن رشد: لأصبغ في الواضحة مثل قول مالك، وقال: إنما هذا وصية للعبد، ولما لو قال بيعوه من فلان، فباعوه منه ولم يخبروه وكتموا ذلك، فله الرجوع بثلث ثمنه؛ لأنها ها هنا وصية للذي اشتراه، بخلاف قوله ممن أحبّ. قال ابن نافع في المجموعة: ولو أوصى ببيع عبده ممن أحب، صاحب العبدُ مِن وارث الميت، فليوضع عنه ثلث الثمن. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسمعته يسأل عمن حضرته الوفاة ولا وارث له، أَوْ له ورثة مواليه، وله ابن مملوك، فلما خشي الموت، ابْتاع ابنه ثم مات، فقال: إن اسْتَيْقنَ أن ما اشترى به ابنه يخرج من الثلث، عتق وورث أباه، إن استُوقن أن ما اشتراه به يخرج من ثلثه، فإنه ربما كان الشيء الذي يشك فيه، فلا يدري أيخرج ذلك من الثلث أم لا يكون له الدين والأموال الغائبة؟ قال: وليس له أن يشتريه بأكثر من ثلثه.

قال محمد بن رشد: هذا مذهب ابن القاسم، أن للمريض أن يشتري في مرضه من يعتق عليه بثلث ماله، كان ابناً أو أباً أو أخاً فيعتق بشرائه إياه حين اشتراه، كان وارثاً يرث جميع المال إذا انفردَ به، أو بعضه إن لم ينفرد به، أولم يكن وارثاً لكون غيره أحق منه بجميع المال. ووجهُ قوله أن المريض لَما كان له التصرف في ثلث ماله من غير تحجير عليه فيه، كان له أن يشتري به من يعتق عليه، فإذا صح له العتق قبل موت المريض، وجب له الميراث، ولم يصح أن يحال بينه وبينه. هذا مذهب ابن القاسم، أن العتق يصح له عنده بنفس شرائه إياه بثلث ماله دون ترقب، وإن تلف باقي ماله قبل موته، لم ينتقل بذلك عتقه، كالرجل المريض يُبتِّل عتق عبده في مرضه، وله مال مأمون، فيعجل عتقه، ثم يتلف المال المأمون، إن العتق لا يرد، وكذلك في كتاب ابن المواز من اشترى ابنه في مرضه فهو حُرّ مكانه، ويرثه إن اشتراه بثلث ماله، ويبدأ على ما سواه من عتق وغيره، وهو دليل هذه الرواية وما في المدونة. وقال ابن القاسم في

المدونة واحتج فقال: ولم ينظر فيه إلاَّ بعد الموت ما ورث، وكذلك إن لم يحمله الثلث، فإنه يعجل منه عتق ما حمله الثلث. وأصبغ يرى أنه لا يرث بحال؛ لأنه لا يعتق إلا بعد الموت، قال ابن إسحاق التونسي: وهو القياس، غير أنه يُستحْسنُ أنه إذا خرج من الثلث، فكأنه لم يزل حراً من يوم اشتراه، ألا ترى أن المبتَّل في أحد القولين، إذا اغتل غلة بعد التبتيل أو النخل إذا أثمرت بعد موت الموصي إن الأصول وحدها هي التي تقوَّم، فإذا خرجت من الثلث أتبعتها الغلات، كأنها لم تزل من يوم بُتِّلتْ ملكاً لمن بُتلتْ له، وللذي حملنا عليه قول ابن القاسم، من أن الذي ذهب إليه أَن العتق يعجلُ عليه بنفس الشراء دون توقف هو الذي ينبغي أن يحمل عليه قوله، فبذلك يسلَم من الاعتراض، وإن لم ينظر فيه إلا بعد الموت، على ما قاله ابن القاسم في أول رسم من سماع عيسى، فحمله الثلث ورث، كأن الغيْب كَشَف أَن العتق قد كان وجب له قبل موته لِحمْل الثلث له. ولأشهب في أول رسم من سماع عيسى بعد هذا مثل قول أصبغ: إنه لا يجوز له أن يشتريه إلا بالثلث، كان ممن يحجب أو ممن لا يحجب، فإذا اشتراه بالثلث لم يصر له من الميراث قليل ولا كثير. وقد اختلف قول أشهب في ذلك، حكى عنه ابن المواز في كتابه: أن له شراءه بماله كله، إن لم يكن معه وارث يشاركه في الميراث وإن كان معه وارث يشاركه فيه فليس له اشتراؤه إلا بالثلث فأقل، يريد والله أعلم: فيرث بقية المال مع الوارث الذي يشاركه في الميراث. ووجه قول أشهب في تفرقته هذه بيْن أن يكون له وارث يشاركه في الميراث، وبيْن أن لا يكون له وارث يشاركه فيه، هو أنه إذا لم يكن له وارث يشاركه فيه، مثل أن يكون وارثه ابن عمه، فيشتري في مرضه أخاه، أو يكون وارثه أخاه، فيشتري ابنه هو من حجة المريض أن يقول لابن عمه إذا اشترى أسماه أو لأخيه إذا اشترى ابنه: لا منفعة لك في أن تمنعني من شرائه بجميع مالي، لأني إن اشتريته بالثلث أو بأقل من الثلث، كان أحق منك بجميع المال؛ لأنه يحجبك عن الميراث، إذ هو أقرب إلي منك. فإذا كان له وارث يشاركه في الميراث، مثل أن يكون له أخ، فيشتري في مرضه أخاً له آخر، أو يكون له ابن، فيشتري في مرضه ابناً آخر، كان له أن يمنعه من أَن يشتريه بجمع المال؛ لأنه إذا اشتراه بالثلث ورث معه بقية المال، وإذا اشتراه بجميع المال لم يبق له ما يرث. وقد وقع في أول سماع عيسى لابن وهب، أنه إن كان المشترى يحجب من يرث المشتري حين يصير جميع الميراث له، كان له أن يشتريه بجميع ماله أو بما بلغ، فيرث بقية المال، وإن كان ثم من يشاركه في ميراثه ولا يحجبه، فلا يجوز له أن يشتريه إلا

بالثلث، فإن اشتراه بالثلث لم يصر له من الميراث قليل ولا كثير؛ لأنه إنما يعتق بعد موت المشتري، وقد صار المال لغيره. والتفرقة على هذا الوجه لا وجه لها؛ لأنه إذا لم يكن له ميراث إذا اشتراه بالثلث فأقل، وليس له من يشاركه في الميراث وكذلك لا يكون له ميراث إذا اشتراه بالثلث فأقل، وليس له من يشاركه في الميراث وإذا لم يكن معه ميراث إذا اشتراه بالثلث فأقل، فمن حقه أن يقول: ليس لك أن تشتريه بجميع المال فتبطل ميراثي ولا بأكثر من الثلث فتبطل من حقي ما زدت على الثلث.

وحكى ابن حبيب في الواضحة عن ابن الماجشون، أنه يجوز للرجل أن يشتري ابنه بجميع ماله في مرضه إن شاء، ويرثه إن فعل، ولا يجوز له أن يشتري غيره، لا أبا ولا أُمًّا ولا جدًّا ولا أخاً، يريد إلا بثلث ماله، ولا يرثُه إن فعل ذلك. قال: وذلك لأن الرجل يستلحق الولد في صحته، فيلحق به، ولا يستلحق غيره ولا يلحق به من فعل. وقول ابن الماجشون هذا، هو القول الذي وقع في أول رسم من سماع عيسى لغير ابن وهب وأشهب من المدونة. وهو أظهر الأصول في هذه المسألة وأولاها بالصواب. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعته يسأل، فقيل له: إن امرأة أعطتني ذكر حقّ لها على زوجها ثم ماتت، فسألني زوجها أن أُعطيه ذكر الحق، وهو زوجها ومولاها، ولا وارث لها غيره، فقال له يسأل: فإن كان على المرأة دين فلا تعطه إياه، وإن كانت لا دين عليها، فأشهد عليه وأعطه إياه. فقيل له: إن المرأة قد أوصت بوصايا، فقال له: إن كان لا دين عليهما فأشهد عليه وأعطه إياه.

قال محمد بن رشد: قوله: فإن كان على المرأة دين، فلا تعطه إياه، معناه دين لا يفي به ما خلفت من المال سوى ما لها على زوجها في ذكر الحق، ومثل ذلك يلزم في الوصايا أيضاً، لا يدفع إليه ذكر الحقّ إن كان لا يفي بها ثلث ما خلفت من المال سوى مالها على زوجها في ذكر الحقّ وظاهر الرواية أنه فرق فيها بين الدين والوصايا، ولا فرق بينهما. وقد مضت هذه المسألة متكررة في رسم الأقضية من سماع أشهب من كتاب الوديعة والكلام عليها. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسمعته يسأل عن يتيم لرجل أمر نسيباً له بغلام له أن يضربه، فجعل نسيبه يضرب الغلام، وهو يقول: اقتُل أضرب فلم يزل يضربه حتى قتله، فقال: على نسيبه

الذي ضربه له غرمه، فقال له وصي اليتيم: فإني استعديت عليه، فاغرم لي، ثم إن يتيمي حضرته الوفاة، فخاف مما كان يرى من ذلك فأوصى بوصايا وقال: قد كنت وقعت في أمر ذلك والغلام فيما تعلم فاشتر رقبة فأعتقها عني، فزاد ما أوصى به على الثلث فأردت أن أشتري الرقبة فأعتقها فأبى أهل الوصايا، فقال: إن لم يكن سمّي ذلك العتق، فكان لما وقع فيه من أمر الغلام، فذلك بالحصص فإن كان سمى ذلك فهو مبدأ.

قال محمد بن رشد: كفارة قتل العبد ليست بواجبة، فإذا أوصى بها فلا تجب تبدئتها على الوصايا؛ لأنها تطوع، إذ ليست بواجبة، والعتق التطوعُ إذ لم يكن بعينه لا يبدأ على الوصايا عند مالك، وإن كان عنده آكل منه لقرب ما بينهما، وإنما أمر بتبدئة هذه الرقبة على الوصايا إذ قال: إنه إنما أوصى بها لما وقع فيه من أمر الغلام، إذ لم يقصد إلى قتله وإنما أراد ضربه، فجاء من موته من الضرب ما لم يرده، فأشبه الخطأ، إذ ليس بعمد على الحقيقة، وإنما هو شبه العمد، ومن أهل العلم من لا يرى فيه القصاص، فهو وجه ما أمر به مالك من تبدئة هذه الرقبة على الوصايا. والله أعلم.

مسألة:

قال وسمعته يسأل عمن أوصى أن تباع جارية له ممن أحبت، وأوصى مع ذلك بوصايا، وله حائط لا يدري ما تبلغ غلته ولا يدري ما يدخل عليها من القول فيما أوصى لها به؟ فقالت: بيعوني من فلان فقومت بمائتي دينار، فقال الذي هويتْ أن يشتريها أنا أشتريها بمائتيْ دينار، ولي ثلث ثمنها؛ لأن الميت أوصى أن تباع ممن أحبت. قيل له: إنا نخاف أن يدخل عليها عول في ثلث ثمنها، فقال: يصير لها من ذلك ما صار، فهو لي، فبعناه إياها بمائتي دينار، وعلى هذا من الشرط، فقال: هو الآن لا يدري بكم اشتراها؟ ففيه شيء، ولكن الصواب عندي أن لو بعتموها إياه بمائتي دينار، على أن لها وصية فما صار لها منها دفعناه إليها، وهي جاريتك، فإن شئت أن تأخذه بعد أخذته، وإن شئت أن تتركه تركته فقيل له: إنه لم يوص لها بشيء، إنما أوصى أن تباع ممن أحبت، فقال: هذا الصواب عندي، فروجع في ذلك مراراً، فقال: كنت أرى هذا الصواب أن يقول: ولها وصية، فما صار لها هناك دفعناه إليها، ولا يقولون: فما صار لها دفعناه إليك، هذا الوجه والذي هو أحسن.

قال محمد بن رشد: بيْع الجارية من الرجل الذي أحبت أن تباع منه على هذا الوجه الذي قاله مالك حسن. كما اسْتحسنه، يصل المشتري به إلى ما أراده على وجه جائز، كان حقيقة الوصية إنما هي لها، إذا القصد بها أن يصل بذلك أن يبتاعها من

تحب أن تباع منه. ألا ترى أنه لو اشتراها بقيمتها ولم يعلم بالوصية لما كان له أن يرجع على الورثة، على ما قاله فوق هذا. وقد يفترق الحلال من الحرام، وإن كان المعني المقصود إليه فيها سواء بافتراق اللفظ، إذا افترق بذلك الحكم. ألا ترى أنه لو قال الرجل للرجل الغائص في البحر: استأجره بدينار على أن تغوص لي في هذا الموضع فتخرج هذه النحلات مملؤة مما أصبت في قعره لجاز؟ ولو قال له: غُص في هذا الموضع وأخرج هذه النحلات مملؤة مما أصبت في قعره وهي لي بدينار لم يجز؛ لأن هذا بيع غرر، والأول إجارة صحيحة. والغرض فيها سواء إلا أن الأحكام في ذلك مفترقة، لمخالفة حكم البيع لحكم الإجارة. وسيأتي في رسم أستاذن من سماع عيسى أنها تبدأ بثلث ثمنها على أهل الوصايا، حسبما يأتي القول عليه فيه أن شاء الله. وبه التوفيق.

مسألة:

قال: سمعته يسأل كم يوضع من ثمن الذي أوصى فيه أن يباع للعتق، فقال: الثلث، مثل الذي يوصي فيقول: بيعوا عبدي ممن أحب، فقيل له: أرأيت إن لم يوجد من يشتريه إلا بوضيعة الثلثين؟ فقال: لا يباع ولا تنفذ له الوصية.

قال محمد بن رشد: في كتاب الوصايا الأول من المدونة لمالك من رواية ابن القاسم عنه: إنه يقال للورثة: إما أن تبيعوا بما وجدتم وإما أعتقتم من العبد ثلثُه. وقال ابن القاسم: هذا مما لم يختلف فيه قول مالك. وقد اختلف قوله على ما في هذه الرواية عنه. فقول سحنون في المدونة: وقد بينا هذا الأصل باختلاف الرواية قبل هذا، أصح من قول ابن القاسم فيها: إن هذا مما لم يختلف فيه قول مالك؛ لأنه أصل قد اختلف فيه قوله. فمرة رد قوله: بيعوا عَبْدي ممن يعتقه أو ممن أحب، وصية للعبد، فقال: إن لم يرد الذي أحب العبد أن يباع منه أن يشتريه إلا بأكثر من وضيعة ثلث ثمنه، قيل للورثة: إما بعْتموه منه بما أراد وإلا أعتقتم ثلثه، وإن لم يجد الورثة من يشتريه للعتق إلاَّ بوضيعة أكثر من ثلث ثمنه، قيل لهم: إمَّا بعتموه للعتق بما وجدتم، وإلا أعتقتم ثلثه، ومرة ردها وصية للمشتري في المسألتين، فقال: ليس على الورثة أكثر من أن يبذلوه للعتق، وللذي أحب العبد أن يباع منه بوضيعة الثلث، ومرة فرق بين المسألتين، فرأى قوله: يبيعوا عبدي ممن يعتقه وصية للعبد إن لم يجد الورثة من يشتريه للعتق بوضيعة الثلث، قيل لهم: إما بعتموه بما وجدتم، وإما أعتقتم ثلثه، ورأى قوله: بيعوا عبدي ممن أحب وصية للمشتري إن لم يرد من أحب العبد أن يباع منه أن

يشتريه بوضيعة الثلث، وعلى هذا الاختلاف، يختلف إذا دخل العبدَ عَوْل بعد بيعه ونفوذ العتق له هل يرجع بالعول على المشتري وينفذ العتيد، أو على العبد، فيباع منه بما دخله من العول، ولا يكون على المشتري شيء؟ وسياسي في سماع موسى بن معاوية، إذا بيع للعتق بوضيعة الثلث، ثم جاء درك على المالك من دين ثبت عليه، فالاختلاف في ذلك، هل يرجع على العبد أو على المشتري جار على هذا الاختلاف. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسمعته يسأل عمن أوصى فقال: رقيقي وثيابي لفلان، ثم مات وقد هلك بعض رقيقه، وخلق بعض ثيابه، واستفاد رقيقاً وثياباً غير ثيابه ورقيقه، فقال: للموصى له رقيقه الذين استفاد، وثيابه، ومما يبيِّنه أن يوصي بسدس ماله فله سدس ماله يوم مات.

قال محمد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة والقول فيها مستوفى في آخر رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب، وفي أول رسم الوصايا الذي يتلوه والله الموفق.

ومن كتاب الطلاق

وسُئِل عمَّن توفي وأوصى إلى أخ له، وترك ابناً، فزوج العم ابن أخيه ابنته، فامهرها من مالي اليتيم مالاً كثيراً، نحواً من نصف مال اليتيم، فكان الذي أصدقها خمسين ديناراً، ثم مات العم الذي أوصي إليه باليتيم فأَوصى بهما جميعاً إلى رجل، فقال: ما كنت أرى أن يجوز ذلك، ولو فعل ذلك لغير ابنته لجاز ذلك، فأما ابنته يزوجها بِيتيمه ويستكثر لها من الصداق، فلا أرى ذلك له، فقيل له: فإنه الجارية قد فني مالها أفترى للذي أوصى إليه بها أَن ينقص من ذلك المهر؟ فقال: أرى أن ينقص الذي أوصى بها إليه عشرين ديناراً من الخمسين، ويكتب بذلك كتاباً ويشهد عليه يقول: ذهب مالها، ورأيت ذلك خيراً له، فأرجو أن يكون من ذلك في سعة، فقيل له: أفترى أن ينفق عليها من مال زوجها فإنه قد ذهب مالها؟ فقال: أبلَغ؟ فقيل قد راهق، فقال: لا أرى أن ينفق عليها من مال زوجها حتى يبلغ زوجها.

قال محمد بن رشد: إجازته في هذه الرواية للموصى لهما أن يرد الصداق إلى ما يرى نظراً لهما بما أشار به عليه، ويشهد على ذلك من فعله ونظره واجتهاده، دون أن يرفع ذلك إلى السلطان أو يُحضر لفعله ذلك عدولاً يشهدون له بالسداد بينهما فيما فعله، دليل بِيّن أنه حمل فعله على السَّداد، خلاف قوله قرب آخر رسم الوصايا قبل

هذا، وخلاف ما في القسمة من المدونة، مثل ما في كتاب الرهون منها، حسبما مضى هناك بيانه. وأما قوله: إنه لا ينفق عليها من مال زوجها حتى يبلغ، فهو مثل ما في المدونة، خلاف ما في مختصر محمد بن شعبان عن مالك، من أنه إذا بلغ الصبي الوطء وإن لم يحتلم، وجب عليه الدخول على زوجه وبالله التوفيق.

ومن كتاب العتق

قال وسمعته يسأل عمن أوصى بوصايا من دينارين وثلاثة، وأشياء غير ذلك، وأن يشتري رقبة مكفولةً أو معيَّنة بعينها بعين مكتوب هذا في وصيته، فدخل المال العولُ، فقال: أرى كل ما أوصى يدخله العول، إلاَّ الرقبة لأنه قال فيها: مكفولة أو معينة بعينها فإذا دخلها العول، لم تكن مكفولة ولا معينة بعينها.

قال محمد بن رشد: لمالك في كتاب ابن المواز من رواية أشهب أيضاً وكذلك لو قال مستعينة أو محوزة، قيل لأشهب: فإن قال: مستعينة أبتديها. فقال: نعم، وهذا بين لا إشكال فيه؛ لأن الواجب في الوصايا أن يُتبع فيها قول الموصي، فلا يخرج عما يظهر من إرادته، وعلى قياس هذا لوْ أوصى بوصايا أن تعتق عنه رقبة بغير عينها، وتعطى بعد العتق دنانير مسماة، لوجب أَن تبدأ الرقبة على الوصايا دون الدنانير التي أوصى لها بها، فيحاص بها أهل الوصايا ولا يبدأ بها وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسألته عمن أوصى أن يشترى عبد لبعض ورثته فيعتق عنه، أيزاد الوارث مثل ثلث ثمنه؟ فقال لي: نعم، فقيل له: أرأيت إن كان العبد ذا ثمن يكون ثمنه مائتي دينار ألا يتهم على التوليج لوارثه؟ فقال: وهل يعلم هو أن وارثه يزاد في ثمن العبد مثل ثلث ثمنه؟ فقيل: نعم، هو يعلم ذلك، فقال: إنما هذا قضاء مضى به، ولم أسمع أَن أحداً اتهم في مثل هذا. قال أشهب: لا أرى ما قال مالك في هذا صواباً، وأرى إن كان العبد الذي أوصى أن يعتق عنه خسيساً لا ثمن له حتى لا يتهم الميت أن يكون أراد بذلك وارثه، فأراد أَن يزاد في العبد ثلث ثمنه، وإن كان ذا ثمن فإنه يتهم أن يكون أراد بذلك وارثه، فلا أراه يجوز له أن يزاد ثلث ثمنه على قيمته، إن شاء أن يبيعه بقيمته باعه وعتق، وإن أبى إلا أن يزاد لم يزد وبطل عتقه.

قال محمد بن رشد: قول مالك هذا خلاف ما في المدونة في البيوع الفاسدة والوصايا. وقال أَشهب: يأتي على مذهبه فيها، ولو فرق في هذا بين الغلام الذي يعلم

وجه الحكم فيه من الجاهل به لكان قولاً. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل أوصى لرجل بما يصيب رجلاً من ولده وهم يومئذ خمسة، فهلك بعضهم قبل أن يهلك الرجل، والوصية على حالها: إن للرجل الذي أوصى له ما يصيب رجلاً منهم يوم يموت الهالك فإن ولد له قبل أن يموت الهالك حتى يكونوا أكثر من عددهم يوم أوصى فله أيضاً ما يصيب رجلاً، وإن هلكوا إلا رجلاً واحداً، فهو حينئذٍ إن أخذ مثل ما يأخذ هذا الرجل الباقي من ولده أخذ أكثر من الثلث. قال مالك: ليس له ذلك، ولكن له الثلث حينئذ، وإنما ينظر في ذلك يوم يموت الموصى، فيكون له مصابة رجل يوم مات.

قال محمد بن رشد: هذا بيِّن على ما قال: إنه إذا وصى له بمثل حظ أَحد أولاده، فإنما له مثل حظ أحدهم يوم وجوب الوصية له قلَّ عددهم أو كثر، لا يومَ أوصى، إذ لم يوص له بجزء معلوم، ولو أوصى له بجزء معلوم لكان له ذلك الجزء من ماله يوم وجوب الوصية له بموته، لا تنقص منه ولا تزاد عليه. هذا ما لا اختلاف فيه لوجهين: أحدهما: أن القصد من الموصي في ذلك كله مفهوم معلوم، والثاني: أن الموصي محمولٌ على أنه علم بزيادة ماله ونقصانه، وبنقصان عدد ولده وزيادتهم، فأَقرَّ وصيته في ذلك كله على حالها، ولم يغيرها، فوجب أن يعتبر في ذلك كله قل الأمرُ عليه يوم الموت، لا ما كان عليه يوم الوصية، ومن هذا المعنى إذا أوصى له بدنانير غير موصوفة، فحالت السكة بزيادة أو نقصان أو إلى خلافها في الصفة، أو أوصى له بكيل فزيد فيه أو نقص منه قبل موته، فروي عن ابن نافع فيمن أوصى بدنانير غير موصوفة، أنه يخرج عنه من السكة الجارية يوم موته، لا يوم وصيته، وذلك عندي إذا علم بما حالت إليه السكة قبل موته، فأقرَّ وصيته ولم يغيرها على ما قال ابن كنانة فيمن أوصى لرجل بدنانير، فحال وزن الناس فصار يجوز بينهم أنقص من ذلك، أو أوزن، إنه إنما يعطى ما كان يجوز بين الناس بين موت الموصي إن كان يعلم جواز الناس يومئذ، وإن لم يكن يعلم فإنما للموصَى له الوزن الذي كان يعلم به الموصي. قال: وكذلك في المكائل تتغير. وقد نزلت بطليطلة مسألة من أوصى لرجل بدنانير، فحالت السكة إلى سكة أخرى فشاور فيها فقهاء قرطبة، فأفتوا بوجوب الوصية من السكة الجارية يوم مات الموصي لا يوم أوصَى وأقامُوها من مسألة الخيش والمسح والخريطة الواقعة في آخر رسم أوصى من سماع عيسى، وليست تشبهها؛ لأن الوصية بذلك إنما كانت

بحَضرة وفاته، والخيش والمسح مملؤان طعاماً والخريطة مملوءة دراهم، وإنما كانت تشبهها لو أوصى بهما والخيش والمسح مملؤان قمحاً والخريطة مملوءة دنانير، فتوفي والخيش والمسح مملوءان شعيراً والخريطة مملوءة دراهم، وما أشبه ذلك. فمسألة الذي أوصى بجُزء من ماله، أو بمثل نصيب أحد ولده، أشبهُ بها، وقد بيّنا وجه الحكم فيها وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك في رجل يوصي بثلثه إلى رجل ليس بوارث له، لينفذه حيث سمى الهالك، فيريد الورثة أن يقوموا منه، ويقولون: نحن نتهمه، إن ذلك ليس لهم، إلا أن يكون فيما أوصى به عتاقة، أو شيء تبقَى منفعته للوارث، فيكون لهم أن يقوموا معه؛ لأن الولاء يصير إليهم، ويتهمونه أن يقول: قد أعتقت، ولم يعتق عنه أحداً، فلهم القيام معه في العتاقة، فإن كان الوصي وارثاً فلهم القيام معه في العتاقة وفي غيرها حتى ينفذ كلُّ ما جعل إليه الهالك من العتق وغيره.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في أول سماع ابن القاسم، فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك في الرجل يهلك ويوصي الرجل بخمسين ديناراً يتّجر فيها سنة له ربحها، وللهالك عليه خمسون ديناراً حالَّة هو بها معسر، فيقول الورثة: عليك خمسون ديناراً حالَّةً، فإن أحببْت أن تنقدناها ونعطيك الخمسين التي أوصى لك بها، وإن أحببْت فهي نظرة لك سنة، إنه إن لم يكن بيده شيء يقبضونه منه، دفعت إليه الخمسون التي أوصى له بها، وابتغوا منه بعد ذلك الذي عليه إن وجدوا عنده شيئاً.

قال محمد بن رشد: هذا بيّنٌ على ما قاله ؛ لأنه إذا كان معسراً بالخمسين التي عليه كان من حقه أن يؤخِّر بها حتى يوسر لقول الله عزْ وجل: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾. [البقرة: ٢٨٠] فإن لزم الورثة أن يؤخروه بها، لزمهم أن يدفعوا إليه وصيته، ولو كان ميسراً بها لكان من حقهم أن يؤخرُوهُ بها في الوصية التي أوصى له بها، ولو كان ميسراً ببعضها، لكان من حقهم أن يؤخروه بما أيسر به منها، ويدفعوا إليه بقية الخمسين يتجر بها سنة، وكذلك لو كان عليه دينٌ لغيرهم لكان من حقهم أن يحاصوا أهل الديون بجميع الخمسين، فما نَابَهم في المحاصة من ماله أخذوه ودفعوا إليه الخمسين يتجر بها سنة كما أوصى. وإن شاؤوا نزعوا بيده ما صار لهم في

المحاصّة ووفّوه بقية الخمسين يتجر بها سنة، كما أوصى له به موروثهم. وفي آخر رسم التسمية من سماع عيسى مسألة من هذا المعنى ستتكلم عنها إذا مررنا بها إن شاء الله عزّ وجل وبه التوفيق.

ومن كتاب الأقضية

وسُئِل عمَّن توفي وترك مالاً وورثة وأوصى إلى رجل، كيف ترى أن ينفق عليهم؟ قال: ينفق على كل إنسان من مصابته بقدره، ليس الصغير كالكبير، فقيل له: من قدر حصته؟ فقال: ينفق عليه من حصته، وليس الصغير في ذلك كالكبير.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا إشكال فيه، لأن نفقة كل واحد منهم على نفسه، بقدر ما يحتاج إليه من ماله، قل أَو كثر، فلا يصح أن تكون النفقة عليهم من جملة المال ملغاة، إذ لا يلزم أن يحمل بعضهم شيئا من ذلك عن بعض وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عمن أتاه أَخٌ له من إخوته بكتاب وصيته، قد طبع عليها، فيقول له: اكتب شهادتك في أَسفله على إقراري أَنه كتابي، ولا يعلم الشاهد ما فيها، فيكتب شهادته في أَسفلها على إقراره أَنها شهادة وصيته. أَترى أن يشهد بها؟ فقال: إن لم يشك في خاتَمه، فليشهد، وإن شك فلا يشهد إذا كانت الوصية ليست عنده. قلت له: كيف لا يشك في الخاتم إذا غاب عنه؟ فقال: لا أدري إن شك فلا يشهد. وإن تيقن أنه خاتمه بعينه لم يُفَضَّ فليشهد. قال: وكان من أمر الناس القديم إجازة الخواتم، حتى إن كان القاضي لم يكتب للرجل بالكتاب إلى القاضي، فما يزيد على خاتمه، فيجاز له، حتى أحدث عند اتهام الناس الشهادة على خاتم القاضي أنه خاتمه، وأَن أول من أَحْدثه أمير المؤمنين وأهل بيته.

قال محمد بن رشد: قوله: إن لم يشك في خاتمه أَنه خاتمه، فليشهد، معناه: إن لم يشك في الطبع الذي أشهدهم عليه أنه هو بعينه لم يُفَضَّ فليشهد، يبيِّن ذلك قوله: وإن تيقن أَنه خاتمه بعينه لم يُفض فليشهد، وهذا ما لا سبيل للشاهد إلى تيقنه إذا لم تكن الوصية عنده، وقد بين ذلك بقوله: قلت له: وكيف لا يشك في الخاتَم إذا غاب عنه؟ فقال: لا أَدري، إن شك فلا يشهد، فذلك يرجع من قوله: إنه لا يجوز للشهود إذا أَشهدوا على وصية مطبوع عليها أن يشهدوا فيها، إلا أَن تكون الوصية عندهم قد دفعها

الموصي إليهم على ما وقع في المدونة من قول مالك في رواية ابن وهب عنه: وإذا دفعها إليهم فدفعوها إلى أحدهم أو إلى من وثقوا به من غيرهم فكانت عنده، جاز لهم أن يشهدوا عليها. روى ذلك عبد الرحمن بن دينار عن ابن الماجشون. والذي يتوقع من هذا إذا شهد الشهود على الوصية، وهي مطبوع عليها، ولم يدفعوها إليهم، وأمسكها عند نفسه أن يكون طبع عليها وهي بيضاء، فيكتب فيها بعدما شاء، ولعل غيره أيضاً من أهله قد قبض خاتمه وكتب فيها ما شاء، وطبع عليها بذلك الخاتم، فلو طبع الشهود عليها مع طابعه لجاز لهم أن يشهدوا عليها إذا عَرفوا خواتمهم. قال ذلك ابن الماجشون. والذي استحسنه الشيوخ ومضى عليه عمل الناس أنه إذا طوى الكتاب من أوله إلى موضع الإشهاد على نفسه، فطبعه، وقد أبقى الإشهاد على نفسه خارج الطبع، وكتب الشهود شهاداتهم على ذلك، فأمسك الموصي الوصية عند نفسه، فوجدت بعد موته خطاً واحداً وعملاً واحداً على صفة التقييد الذي كان خارج الطابع، ولم يظهر في الكتاب ريبة، جاز للشهود أن يشهدوا عليه، بخلاف إذا لم يبق من الكتاب خارج الطبع ما يستدل به على أَن الوصية كانت مكتوبة، ولم تكن مطبوعة على بياض، ولو أَراهم الوصية مكتوبة، وكتبها بحضرتهم فطبع عليها، وأشهدهم على نفسه بما فيها دون أن يقرأها عليهم أو يعلمهم بشيء مما فيها، فكتبوا شهادتهم فيها، لجاز لهم أن يشهدوا عليها بعد موته، وإن لم يدفعها إليهم وكانت عنده إلى أن توفي باتفاق إذا ذكروا الشهادة وعرفوا الكتاب على ما رواه ابن القاسم عن مالك في الوصايا الأول من المدونة، وأما إذا لم يذكر الشهادة ولا عرف الكتاب، إلا أنه عرف خطه في شهادته، فيجري ذلك على الاختلاف في شهادة الشاهد على خَطِّه إذا لم يذكر الشهادة.

وقد مضى تحصيل ذلك في رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة ضمن سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات. وقد ذكر البخاري عن الحسن وأبي قرابة أنهما كرها أن يشهد على وصية حتى يعلم ما فيها؛ لأنه لا يدري لعل فيها جوْراً، وكذلك استحب للعالم أيضاً إذا أشهده المتعاملان على أنفسها في كتاب ذكر الحقّ مما تَعَامَلَا فيه، لا يكتب شهادته، إذ الشهادة على أنفسهما بما تضمنه وأقرّا عنده بمعرفة ما فيه، حتى يُقرَّاه، لئلا تكون المعاملة في ذلك بينهما فاسدة. وقوله في الشهادة على كتاب القاضي: إن أول من أحدثه أمير المؤمنين وأهل بيته، يريد بني العباس وفي البخاري: " إن أول من سأل البينة على كتاب القاضي ابن أبي ليلى وسوار بن عبد الله العنبري". وأجاب ابن حبيب: الكتاب يأتي إلى القاضي من أعراض المدينة بمعرفة الخط ومعرفة الختم،

وبالشاهد الواحد إذا لم يكن صاحب القضية لقرب المسافة، واستدراك ما يخشى من التعدِّي وقال بذلك ابن نافع وابن كنانة في الحقوق اليسيرة وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسُئِل عمَّن ابتاع رقبة للعتق، فأعتقها عمن أوصى إليه أَن يعتق عنه رقبة، ثم لحق تلك الرقبة عول سبعة عشر ديناراً بعدما عتقت، فقال: يمضي العتق، فيكون على الذي اشتراه فأعتقه سبعة عشر ديناراً غرماً عليه، فقال الرجل: أترى الغُرم عليّ يا أبا عبد الله؟ فقال: نعم، إن الغرم عليك، فقال وكيف يكون الغرم علي وأنا إنما اشتريته لغيري في سوق المسلمين ببيع السلطان؟ فقال: أنت جعلت نفسك بهذه المنزلة، وأرى ذلك عليك، ولو شئت لم تنشره. فقال: وجدت أن يكون بيع السلطان أسلم لي، فقال له: قد أخطأك ذلك، فقال أفترى الغرم عليّ؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: قوله: إن الغرم في ذلك على الوصي، خلاف مذهب ابن القاسم بروايته عن مالك في المدونة لأنه قال في الذي يوصي أن يحج عنه، فينفذ الوصي ذلك، ثم يستحق رجل رقبة الميت، إنه إن كان الميت حراً عند الناس يوم التنفيذ، فلا يضمن له الوصي شيئاً، ولا الذي حج عن الميت، وكذلك قال أيضاً فيها في الذي يوصي أن يحج عنه فيدفع الوصي المال إلى عبدٍ ليحج به عن الميت، وهو يظنه حرًّا، إنه لا ضمان عليه، والذي يأتي في هذه المسألة على ما في المدونة من أن الوصي لا ضمان عليه، إلا أن يفرط أو يتعدى أن يباع من الرقبة بالسبعة عشر ديناراً التي لحقها من العول، وينفذ حرية باقيها، على قياس ما قاله في سماع موسى بن معاوية من هذا الكتاب، في الذي يوصي أن يبيع غلامه رقبة، فبيع رقبة، ووضع المشتري ثلث الثمن، فأعتقه، ثم جاء درك على الهلاك من ديْنٍ ثبت عليه، أنه يباع من العبد قدرُ ثلث الدين إن كان العبد ثلث المال، ويؤخذ من الورثة ثلثا الدين، وإن كان العبد أقل من ثلث المال، فعلى حساب ذلك؛ لأنه بنَى جوابه في ذلك على أن الموصي لا ضمان عليه، على أن الوصية إنما هي للعبد، لا للمشتري، خلاف ما ذهب إليه ابن كنانة أن الوصية إنما هي على المشتري، الذي حط عند ثلث ثمنه، فيرجع بذلك عليه ويمضي عتق العبد، ولا يباع منه شيء، وقول ابن كنانة هذا يأتي على ما مضى في رسم الوصايا من هذا السماع، إنه إن لم يوجَد من يشتريه، إلا بوضيعة الثلثين، لا يباع ولا ينفذ له الوصية. وقد مضى الكلام على هذا هنالك وظاهر ما في رسم الأقضية من سماع يحيى أنه لا ضمان على الوصي، مثل ما في المدونة وقول غير ابن القاسم في

المدونة، وهو أشهب ليبين جهلهم، يريد: إلاَّ وصاياه الذي يزيد عنهم الضمان؟ مثل روايته هذه عن مالك في أن السبعة عشر ديناراً لِعوْل يكون على الوصي، ورأيت لابن دحُون أنه قال: إنما لزمه السبعة عشر ديناراً لأنه فرطَ، إن لم يكشف الأمر قبل العتق، ولو علم أنه لم يفرط وأنه اجتهد في فعله لم يلزمه شيء، ورد من رقبته المعتقة بقدر الدين، ولا اختلاف عندي في أنه ضامن إذا تبين تفريطه، وإنما الاختلاف إذا لم يتبين ذلك، فحمله على التفريط في هذه الرواية وضمنه وهو قول أَشهب في المدونة على ما ذكرناه، وحمله في المدونة على غير التفريط فلم يوجب عليه ضماناً، ولا اختلاف في ذلك من قول ابن القاسم منصوص عليه قرب آخر الرسم الأول من سماع أصبغ في الوصي يشتري الرقبة فيعتقها عن الميت، فيستحق رجل نصفها ويأخذه؛ لأنه قال فيما حكى عنه أصبغ مرة: إنه يقوم على الوصي، وقال مرةً: إنه يقوم على الورثة لا على الوصي، وإياه اختار أصبغ، وفي سماع أبي زيد: إن الوصي ضامن إذا اشترى نصرانيةً فأعتقها عن رقبةٍ واجبةٍ عن الميت، قال: لأنه فرط حين لم يسأل ويستحضر، وهو مثل أحد القولين. وفي قوله في الرواية: وكيف يكون الغرم عليَّ وإنما اشتريته في سوق المسلمين ببيع السلطان إلى آخر قوله نظر إذ لا فرق فيما يوجبه الحكم فيما يلحق الرقبة من العوْل بين أن يشتريها فيما يبيع السلطان، أو ممن يبيع ماله. وكان مالكاً في ظاهر قوله قد سلم له اعتراضه، إذ لم يرده عليه بأن يقول له: وأي فرق بين أن يشتريها بما يبيع السلطان أم لا إذا لحقها العول؟ ولم يذهب مالك إلى تسليم اعتراضه، إذ لا يصح أن يسلم، وإنما ضرب على ذلك إذ رأى فساد اعتراضه فقال له: أرى ذلك عليك لو شئت لم تشتره أي لو شئت لم تشتره حتى يثبت فيعلم السلامة من أن يلحقها عول وبالله التوفيق.

ومن كتاب الطرق

قال مالك: أوصى عمر بن الخطاب إلى حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلَّم. قال مالك: وأَرى فعل ذلك لمكانها من رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم.

قال محمد بن رشد: تأويل مالك رحمه الله بيّنٌ، إذ لا شك في أن لها بكونها زوجةً لرسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم مزيَّةً على سائر أولاده. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن أخوين مرض أحدهما وأَوصى لآخر صحيح، فزوج المريض ابنه بنت

أخيه، وضمن الصداق عن ابنه وزوج الصحيح ابنه ابنة أخيه وضمن الصداق على ابنه، وأعتق المريض أم ولده، وأصدقها ألفي درهم، ثم مات، فقال مالك: أما المريض الذي ضمن الصداق عن ابنه، فليس بجائز، والنكاح الذي أنكح ابنه جائز لازم، والمال الذي ضمن وسمى ليس بجائز في ماله، إن أحب الابن أن يعطي ذلك الصداق من مال نفسه جاز ذلك، وإن كره فارق ولا شيء عليه، وأما الذي أعطاه الأخ الآخر من مال نفسه وضمن وهو صحيح، فذلك جائز ثابت؛ لأنه يقضي في ماله ما بدا له، وأَما ما ذكرت من عتق المريض أم ولده في مرضه، ونكاحه إياها في مرضه، فإن عتقه جائز؛ لأنها تعتق من بعد موته، لِما مضى في ذلك من السنة، ولا يحسب في ثلثه ولا في غيره من رأى ماله، فأما نكاحه إياها فليس بجائز، ولا صداق لها ولا ميراث في ثلث ولا غيره من رأس ماله، إلا أن يكون دَخل بها، فإن كان دخل بها، رأيت صداقها من الثلث مبدأ على أهل الوصايا. قلت له: أرأيت لو كان ذلك الصداق أكثر من صداق مثلها؟ قال: أرى ذلك كله لها، قلت له، وراجعته. فقال: ما شأنه أعطاها ذلك. فقلت: أَرى أن يوجد لها ما أعطاها، وهو أضعاف صداقها بالدخول، فقال: إنما يكون ذلك كله لها وإن كان ذلك أكثر من صداق مثلها.

قال محمد بن رشد: قوله في المريض الذي زوج ابنه ابنة أخيه، وضمن الصداق عنه: من ذلك ليس بجائز، معناه: إن ذلك لا يلزم ورثته من مات من مرضه ذلك، ولهم أن يردوه؛ لأنه وصية لوارث، وقوله: والنكاح الذين نكح ابنه جائز لازم للزوجة، من رضي الابن أن يعطي الصداق من ماله إن كان كبيراً أو رأى ذلك الوصي إن كان صغيراً، ولا اختلاف في أن الصداق لا يجب للابن في مال الأب إن مات من مرضه، وحمل عنه الصداق، فقيل؟ إنها وصية للبنت لا تجوز، إلاَّ أن يجيزها الورثة. وقيل: إنها وصية للزوج تجوز له من ثلثه، إلاَّ أن يكون الصداق الذي سمى لها، وحمله عن الزوج أكثر من صداق مثلها، فيكون الزائد على صداق مثلها وصية لها باتفاق، لا تجوز إلاَّ أن يجيزها الورثة.

وقد مضى هذا كله والقول عليه مستوفىً في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب النكاح. وقد قال مالك في المدونة فيما يضمن الأبُ عن ابنه في مرضه: لا يعجبني هذا النكاح. ووجه كراهيته له ما دخله من الخيار. ووجه القول الآخر أنه خيار لم ينعقد عليه النكاح، وإنما وجب الحكم، فلم يكن فيه تأثير، كالسفيه، يتزوج بغير إذن وليه، والعبد بغير إذن سيده. وأما الصحيحِ هذا زوج ابنه ابنة أخيه، فضمن عنه الصداق،

أو زوج ابنتهُ ابن أخيه، فضمن عنه الصداق، فلا اختلاف في لزوم الصداقة، وجواز النكاح، وكذلك إذا فعل ذلك في مرضه فصح ولم يمت من ذلك المرض. وقوله في الذي أعتق أم ولده في مرضه وتزوجها فيه: إن العتق جائز، فلا صداق لها ولا ميراث في رأس مال ولا ثلث، صحيح لا اختلاف فيه. وأَما قوله: إلا أَن يدخل بها فيكون لها الصداق من الثلث مبدأً على أهل الوصايا وإن كان ذلك أكثر من صداق مثلها، فهذا يختلف عنه في موضعين: أحدهما: في الزائد على صداق المثل، قيل: إنه يبطل، وهو ظاهر ما في كتاب الأيمان بالطلاق من المدونة. وقيل: إنه يكون لها غير مبدأ، وهو قول أَصبغ. وروي ذلك عن ابن القاسم، وقيل: إنه يبدأ جميع ما سمى لها وإن كان أكثر من صداق مثلها، وهو قوله في هذه الرواية وقول ابن الماجشون، ورواية ابن نافع، وعليّ بن زياد، وابن عبد الحكم، عن مالك، واختيار سحنون. والموضع الثاني قوله: إنه يبدأ على جميع الوصايا، فقيل: إنه يبدأ على جميعها المدبر في الصحة وغير ذلك، وقيل: إنه يبدأ على جميع الوصايا، حاشا المدبر في الصحة، فإنه يبدأ عليه، وقيل: إنه لا يبدأ أحدهما على صاحبه، والثلاثة الأقوال لابن القاسم وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِل عمَّن أوصى بثلث ماله لرجال من ربع الثلث، وجزء من الثلث، حتى استوعبه وأوصى لجارية له وغلام، أن يباعا ممن أحبَّا، وترك مدبرة، فوُجد جميع الثلث مائتا دينار، فقال: يبدأ بالمدبرة، فتخرج حرّة بقيمتها خمسين ديناراً وبقيتْ خمسون ومائة دينارٍ من الثلث فيتحاص فيها أهل الوصايا، فالذين أوصى لهم بالثلث بمائتي دينار، وهو ثلث المال، والجارية والغلام اللذان أوصى لهما أن يباعا ممن أحبَّا يُحاصَّان الذين أوصى لهم بثلث أثمانهما بالغ مبلغ، يتحاصُّون في ذلك أهل الوصايا بالمائتي دينار، والجارية والغلام بثلث أثمانهما. قيل له: إنه قد كان قضى في العبد أن يبتاع بثلثي ثمنه ممن أحب، وأعتقه المشتري الذي اشتراه، فقال: أرأيت إن قضى القاضي بالخطأ لا يرد؟ فقيل: فكيف ترى؟ قال: أرى أن يأخذ ذلك العول الذي يصيب العبد ممن اشتراه فأعتقه، ولا يكون علما لعبد شيء، يؤخذ ذلك ممن اشتراه فأعتقه، يقالُ له: أَنت أعتقته، ولو شئت لم تعتقه، قيل له: ما وضع عن المشتري في مثل هذا فهو له، ليس للعبد منه شيء، فقال: نعم، يوضع عن المشتري ثلث ثمن العبد، وذلك الذي أوصى به الميت للمملوك.

قال محمد بن رشد: ما قاله من أن المدبرة تبدأ في الثلث، ثم يتحاص أهل

الوصايا في الباقي، فيضرب فيه الموصى لهم بالثلث، والجارية والغلام اللذان أوصى لهما أن يباعا ممن أحبا بثلث أثمانهما صحيح، لا إشكال فيه؛ لأنه هو الذي يكون من حقهما أن يوضع عمن أحبا أن يباعا منه، إذا لم يرد أن يشتريهما إلا بوضيعة من أثمانهما، وقد قيل: إن الجارية والغلام يبديان على أهل الوصايا بثلث أثمانهما. قاله ابن القاسم بعد هذا في رسم استأذن، وهو الذي يأتي على القول بأنها وصية لهما إن لم يرد الذي أحبا أن يباعا منه أن يشتريهما بوضعية الثلث، قيل للورثة: إما بعتموهما بما أراد، وإذا أعتقتم منها أثلاثهما. وأما قوله: إنه إن بيع العبدُ بثلث ثمنه فأعتقه المشتري قبل المحاصة، إن ما دخله من العول في المحاصة يؤخذ ممن اشتراه فأعتقه، فالوجه في ذلك أنه رآها وصية للمشتري لا للعبد، ولو رآها وصية للعبد لقال: إنه يباع بما أصابه من العول في المحاصة، ولا يكون على المشتري شيء كما قال في سماع موسى بن معاوية في الذي أوصى أن يباع عبده رقبة، فبيع ووُضع عن المشتري ثلث الثمن، ثم جاء درك على الهالك من دين ثبت عليه، إنه يباع من العبد ما نابه من الدين، ولا يرجع على المشتري بشيء.ويتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: أحدها: أنها وصية للمشتري في المسألتين جميعاً لا للعبد، فيرجع بالعول عليه، لا على العبد. والثاني: أنها وصية للعبد في المسألتين جميعاً، فيرجع عليه بالعول لا على المشتري، ويباع منه بما نابه من العول. والقول الثالث: أنها وصية للعبد إذا أوصى أن يباع ممن أعتقه، فيكون الرجوع بالعول عليه، ووصية للمشتري، إذا أوصى أن يباع ممن أحب، فيكون الرجوع على المشتري لا على العبد.

وقد مضى بيان هذا في رسم الوصايا من هذا السماع، فقف عليه وبالله التوفيق.

تم الكتاب الثاني من الوصايا والحمد لله والصلاة الكاملة على سيدنا ومولانا النبي الكريم والحمد لله ربّ العالمين.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوصايا الثالث

من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم

من كتاب أوله نقدها نقدها

قال عيسى بن دينار: وقال ابن القاسم في رجل أوصى. فقال: لفلان كذا وكذا، وفضلوا فلاناً، قال: أرى أن يفضل على أكثرهم وصية على قدر المال.

قال محمد بن رشد: قوله: أرى أن يفضل على أكثرهم وصية على قدر المال، يدل على أنه أوصى لجماعة بشيء سماه لكل واحد منهم. وقال: فضلوا فرأى أن يفضل على أكثرهم وصية على قدر المال بالاجتهاد، ويتخرج فيها قول آخر، وهو أن يفضل بمثل ثلث أكثرهم وصية، وذلك أن ابن حبيب حكى عن أصبغ فيمن أوصى لرجل بوصية، ثم كلم أن يزيده فقال: زيدوه، ثم مات ولم يسم ما يزاد، قد قيل: يزاد مثل ثلث وصيته، ولا أراه، ولكن يزاد بقدر المال وقدر الوصية بالاجتهاد، مع مشورة أهل العلم، ولا فرق بين المسألتين، والقول باعتبار الثلث في ذلك حسن؛ لأنه آخرُ حذر اليسير، وأولُ حدّ الكثير، وإذا زاد أحد الموصى لهما على الآخر، فقد فضله عليه، فلا فرق بين التفضيل والزيادة، والظاهر من الزيادة اليسير، فوجب ألا يزاد على الثلث الذي هو آخر حده. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل أوصى فقال: لفلان عشرة، ولفلان ما بقي من ثلثي، فمات صاحب العشرة قبل الموصي، قال: يحاص بالعشرة، مات الموصى له بها قبل الموصي أو بعده، علم الموصي أو لم يعلم، وهو بمنزلة ما لو أوصى ببعيرٍ أو بعبد لرجل، وأوصى ببقية الثلث لرجل، فمات البعير أو العبد قبل الموصي أو بعده. فإن الموصى له ببقية الثلث، يحاص بالبعير وبالعبد الميت، علم بموته الموصي أو لم يعلم.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة لا يدخل فيها اختلاف قول مالك في المدونة فيمن أوصى لرجل بعشرة ولرجل آخر بعشرة وثلث عشرة، فمات أحد

الموصى لهما قبل الموصي إنه قال مرة للباقي العشرة كلها ومرة قال: له نصف العشرة، ومرة فرق بين أن يعلم الموصي بموت أحد الموصى لهما أو لا يعلم، فإن علم كانتْ له العشرة، وإن لم يعلم لم يكن له إلا نصفها الواجب له بالمحاصة؛ لأن هذا إنما أوصى له بما بقي من الثلث بعد العشرة، أو بعد البعير وبعد العبد، فلا يكون له أكثر من ذلك، صحت الوصية بالعشرة وبالبعير وبالعبد أو لم تصح. ومسألة المدونة إنما أوصى لكل واحد منهما بعشرة، ولم يبدأ أحدهما على الآخر فمرة رأى للباقي العشرة كلها؛ لأن الثلث يحملها، ومرة لم ير له إلاَّ نصفها؛ لأن الورثة ينزِّلون منزلة الموصى له الآخر. إذا مات قبل الموصي، أو لم يقبل الوصية. وقد قال ابن دحون: كل ما ذكر فيه بقية الثلث، فإن الموصَى له يحتسب عليه الورثة ما مات من مدبر أو من معتق كان في الوصية مات قبل الموصي أو بعده، فإن بقي له بعد ذلك شيء أخذه، وإلاَّ فلا شيء له، فإن كان معه أهل وصايا مسماة، كانت لهم وصاياهم من الثلث كاملاً، ولا يحاسبون بما مات من المعتقين والمدبرين، ماتوا قبل الموصي أو بعده يأخذون وصاياهم من الثلث كاملاً، يحتسب على من أوصى له ببقية الثلث بمن مات من مدبر أو من معتق، ويأخذ ما بقي بعد ذلك إن بقي شيء. وقول ابن دحون صحيح، وهو بيِّنٌ في رسم إن أمكنتني من هذا السماع بعد هذا وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في الذي يشتري أباه في مرضه بأكثر من الثلث، ثم يموت، قال ابن القاسم: البيع جائز لا يرد، فإن خرج من الثلث عتق منه ما حمل الثلث، ورق ما بقي للورثة، فإن كان الورثة ممن يعتق عليهم، عتق ما بقي عليهم.

قلت فإن كان ثمن الأب ما له كله وورثه ممن يعتق عليهم، أيجوز الاشتراء؟ قال: الاشتراء جائز، ويعتق عليهم. وسئل عنها سحنون، فقال: اختلف الرواة فيما اشتراه الرجل في مرضه ممن يعتق عليه. أخبر ابن وهب في الرجل يشتري في مرضه ابنه أو بعض من يرثه، فقال: إن كان المشتري يحجب من يرث المشتري حتى يصير جميع الميراث له، كان ابنه أو غير ابنه، إذا كان كما وصفت لك، فإنه يجوز له أن يشتريه بجميع ماله أو بما بلغ، ويعتق عليه، ويرث ما بقي إن بقي شيء. قال لي ابن وهب: وإن كان ثم من يشركه في ميراثه ولا يحجبه، فلا يجوز له أن يشتريه إلّا بالثلث، فإن اشتراه بالثلث لم يصر له من الميراث قليل ولا كثير؛ لأنه إنما يعتق بعد موت المشتري، وقد صار المال لغيره. قال سحنون: وقال لي أشهب: لا يجوز له أن يشتريه

إلا بالثلث، كان ممن يحجب أو ممن لا يحجب، فإذا اشتراه بالثلث لم يصر له من الميراث قليل ولا كثير، ولا يكون له من الميراث شيء. وقال لي غيرهما من الرواة: كل من يجوز له استلحاقه، جاز له اشتراؤه بجميع ما يملك، شاركه في الميراث غيره أو لم يشاركه؛ لأنه لو استلحقه ثبت ميراثه ونسبه. وسألت عنها ابن القاسم، فقال لي: إذا اشتراه وكان الثلث يحمله جاز اشتراؤه، وعتق وورث بقية المال إن كان وحده، وإن كان مع غيره أخذ حصته من الميراث.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي يشتري أباه في مرضه بأكثر من الثلث ثم يموت: إنه إن خرج من الثلث عتق وورث، يدل على أنه يرث إن خرج من الثلث، وإن لم ينظر فيه إلاَّ بعد الموت، والوجه في ذلك أنه لَما كان وجهُ الحكم فيه عنده أن ينظر فيه قبل الموت، فإن حمله الثلث عجل عتقه، كان إذا نظر فيه بعد الموت فوجد ثلثه يحمله، كشف الغيب أن الحرية قد كانت وجبت له قبل موته، فوجب أن يرث.

وقد مضى الكلام على هذه المسألة مستوفىً في صدر رسم الوصايا الثاني من سماع أشهب. وقد ذكرنا هنا كاعتراض قول ابن وهب هذا، فلا معنى لإعادة شيء من ذلك وبالله التوفيق.

مسألة:

قال عيسى: وقال ابن القاسم في رجل أوصى لرجل بوصية، فبلغ ذلك أبا الموصى له، فوهب الموصي عبداً شكراً له لما أوصى به لابنه، فأعتقه الموصي، ثم مات، فإذا الوصية أكثر من الثلث، فأبى الورثة أن يُجيزوا. قال: يمضي عتق الغلام ويخيَّر الورثة بين الوصية يمضونها وبيْن قيمة الغلام يدفعونها، فإن كانت قيمة الغلام أكثر من الثلث، عتق منه ما حمل الثلث، وكان بقيته للورثة رقيقاً، قال: ولو كان الغلام قائماً بعينه لم يعتقه، وكان الثلث أقل مما أوصى له به، خُير الورثة بين أن يمضوا الوصية، وبين أن يردُّوا العبد إذا لم يعتق.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة فيها نظر. وجوابُ ابن القاسم فيها خارج عندي عن الأصول؛ لأن الوصية لم يحملها الثلث، كأنَّ الورثة قد استحقوا منها ما زاد على الثلث، وأبُ الوصي لم يهب العبد للموصي إلا على أن تتمَّ الوصية لابنه، فكان وجه النظر فيها إن لم يحمل الثلث الوصية أن يكون بالخيار بين أن يجيزوا الوصية، وبين أن يردوا إلى أب الموصى له من قيمة عبده إذا فات بالعتق قدر ما نقص الموصى له من الوصية، كمن باع عبداً بدار، فاستحق بعض الدار، وقد فات العبد بعتق. مثال ذلك، أن

يكون الموصي أوصى لرجل بدار، قيمتها مائة، فوَهب أبو الموصى له للموصي عبداً قيمته مائة، شكراً على ما أوصى به لابنه، فأعتقه الموصي في صحته، ثم مات فتبلغت تركته بالدار الموصى بها مائتين، فيقال للورثة: إما أن تجيزوا له الوصية بالدار، فلا يكون عليكم في العبد شيء، وإما أن تنخلعوا من الثلث للموصى له شائعاً أو في الدار، فيحصل للموصى له منها ثلثاها فيجب عليكم أن تؤدوا إلى أبي الموصى له ثلث قيمة العبد، إذْ قد استحققتم من الوصية التي هي عوض العبد الذي قد فات بالعتق ثلثها، وكذلك لو كان العبد قائماً بعينه، لم يعتقه الموصي على مذهب ابن القاسم، إذ لا يرجع عنده في عين العبد بمقدار ما نقص من الوصية إذا لم يجزها الورثة لضرر الشركة، وعلى مذهب أشهب، يرجع في العبد بقدر ذلك، فيكون به شريكاً فيه، ولو أعتق الموصي العبد في مرضه، وقيمتُه الثلث فأكثر، لعتق منه ما حمل الثلث وكان باقيهِ رقيقاً للورثة، وسقطت الوصية بالدار للموصى له بها، لكون العتق مُبدَّأ عليها، ولزمهم غرم جميع قيمة العبد للأب إن لم يجيزوا الوصية بالدار لابنه. وقد رأيت لابن دحون، أنه سلم هذه المسألة من الاعتراض فقال في قولة ابن القاسم فيها: معناه، يدفعون القيمة إلى الابن الموصى له؛ لأن الأب قد وهب ذلك لابنه، إذ أخرجه من يده شكراً عن ابنه إذ أوصى له، وليس ذلك عندي بيناً؛ لأن الأب لم يهب العبد لابنه، وإنما وهب للموصي جزاءً على وصيته لابنه، فالحق في ذلك إنما هو للأب؛ لأنه يقول: إنما وهبت له العبد لسروري بوصيته لابني، فالحق في ذلك إنما هو له، لا للابن، فإن مات نُزِلَ ورثته في ذلك منزلته. ووجه ما ذهب إليه ابن القاسم، أن الأب يقول: إنما وهبت له العبد لتحصُل الوصية لابني كاملة، ولو علمت أن الثلث لا يحملها، وأن الورثة لا يجيزونها لم أهبه شيئاً، والذي ذكرته هو وجه القياس. والله أعلم. وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن الرجل يوصي لرجل بمائة دينار، هي له عليه دين، ويوصي لقوم بوصايا، ثم يُرسل إلى الذي عليه المائة، فيأخذها منه في مرضه، ثم يموت، فيطلب الرجل المائة، وقد أنفقها الموصي، أو استودعها رجلاً، فقال: لا وصية له، إن كان قال: ما لي على فلان فهو له، ثم أخذه منه، فليست له وصية. وهو أمرٌ رجع فيه، إلا أن يكون أوصى بمائة مُبْهَمَةٍ، أو عُرفت المائة بعينها، لم تحرك، وإنما مثل ذلك مثل الرجل يوصي للرجل بدين له على رجل آخر، فيقول: ما لي على فلان فهو لفلان، فإن أخذه فالفقه فلا شيء له، وإنما نفقته إياه بمنزلة ما لو وهبه لغيره وإن لم ينفقه واقتضاه، فكان على

حاله فالوصية له.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إنه إذا أوصى لرجل بمائة دينار له عليه، فأخذها منه، إن أخذه إياها منه رجوع منه في الوصية له بها، إذ لا وجه لأخذها منه إلا الرجوع فيها، فسواء أَنفقها أو لم يُنفقها، فكانت عنده، أو استودعها. ومعنى قوله: أو عرفت المائة بعينها، لم تحرك أي لم تقبض وعرف أنها باقية عنده على ما أوصى بها ويختلف، هل يحاص الورثة بها أهل الوصايا إن كان الثلث لا يحملها كلها أم لا؟ على اختلاف قول مالك في المدونة في الذي يوصي لرجلين بعشرة عشرة، وثلاثة عشر فيموت أحدهما في حياة الموصي، ويعلم ذلك قبل موته. وأما إذا أوصى لرجل بمائة له على رجل آخر، فلا تبطُل وصيةٌ له بها بقبضه إياها إذا لم ينفقها ووجدت عنده بعينها، لاحتمال أن يكون إنما قبضها من الذي هي عليه ليحفظها على الموصى له بها، ولا تبطل الوصية بها إلا بيقين. هذا وجه قول ابن القاسم في هذه الرواية. وقد وقع له في المجموعة ما يعارض قوله هذا. وذلك أنه قال: وإن أوصى له بزرع ثم حصده، وبثمرة ثم جدَّبها فليس برجوع، إلا أن يدرس القمح ويكتاله ويدخله منزله فهذا رجوع، فإذا جعل اكتياله القمح، وإدخاله منزله رجوعاً منه في الوصية به، فكذلك الدين إذا قبضه على قياس ذلك. قال في المجموعة: وإن أوصى له بعبد فرهنه فليس برجوع، وليبدأْ من رأس المال، ولو أجره فالعبد للموصى له به. وقاله مالك. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى بعتق عبده، وما بقي من ثلثه لفلان، فمات، فقامت بينة للعبد أنه كان حراً أعتقه سيده هذا في صحته واستحق العبد، قال: لا أرى له إلاَّ ما بقي من ثلثه بعد قيمته.

قال محمد بن رشد: هذا بيّن على ما قاله: إنه لا شيء للموصى له ببقية الثلث، إلا ما فضل بعد قيمة العبد الموصى بعتقه سواء أعتق العبد من الثلث، أو ثبت أنه كان حراً أعتقه سيده قبل ذلك في صحته، أو استحق بحرية أو ملك، وإن أخذ له ثمن في استحقاقه، لم يكن للموصى له ببقية الثلث فيه شيء ولو أوصى مع عتق العبد بوصايا، وما بقي من ثلثه لفلان، فاستحق العبد بحرية أو ملك بعد أن قدم على أهل الوصايا، لرجع أهل الوصايا بوصاياهم في ثلث ما بقي بعد العبد الموصي بعتقه المستحق.

واختلف إن رجع فيه بثمن، هل يدخل فْيه أهل الوصايا أم لا؟ فقال في رسم أسلم بعد هذا: إنها لا تدخل فيه؛ لأنه مال لم يعلم به، وذكر في رسم باع شاة منه أن قول ابن

القاسم اختلف فيه وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: إذا قال الرجل في وصيته: إن فلاناً كان أعطاني مائة دينار أتصدق بها عنه، وإني تسلفتها، وليس لفلان ذلك ورثة يسألون عن ذلك، فإنه إن كان يورثُ كَلالَة، لم يجز منه قليل ولا كثير، لا في ثلث ولا في رأس المال، وإن كان ورثته ولداً جاز قوله، وأخرجت من رأس المال، وإن كان فلان ذلك المسمى حياً سئل، فإن صدقه في ذلك أجيز، وإن لم يصدق لم يجز منه قليل ولا كثير، وإن كان فلان ذلك قد مات، سئل ورثته أيضاً، فإن صدقوه جاز، وإن كان يورثُ كَلالة أو بولد، وإن لم يصدقوه لم يجز منه قليل ولا كثير. قال مالك: لا يجوز إلا أن يكون الشيء اليسير التافه الذي لا يتهم عليه. قال ابن القاسم: وأَصل هذا التهمة.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب، وفي رسم حلف ليرفعن أمراً من سماع ابن القاسم من كتاب المديان والتفليس؛ لأنه إذا لم يكن لفلان ذلك ورثة يسألون عن ذلك، فهو كمن أوصى بدين لمن لا يعرف. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل أوصى، فقال: لفلان مائة، ولفلان مائتان، قيل له: ففلان قال: هو شريك معهما، قال: تجمع المائة والمائتان، فيكون له ثلثها، ثم تكون المائتان بين الرجلين، لصاحب المائة ثلثها، ولصاحب المائتين ثلثاها. وقد قال ابن القاسم في غير هذا الكتاب في كتاب بع ولا نقصان عليك، يكون لهُ نصف وصية كل واحد منهما مما أوصى لهما به، ليس من بقية الثلث، ولكن من وصاياهم.

قال محمد بن رشد: القول الأول الذي قال فيه: إنه تجمع المائة والمائتان فيكون له ثلثها، ثم تكون المائتان بين الرجلين على الثلث والثلثين، هو الذي يأتي على ما في كتاب السلم الثالث من المدونة في اللذين اشتريا العبد، فلقيهما رجل فقال لهما: أشركاني فيه، فأشركاه، إن العبد يكون بينهم أثلاثاً، ووجه هذا الاختلاف أَن قوله: هو شريك معهما، هو لفظ محتمل، يحتمل أن يكون أراد أنه شريك مع كل واحد منهما بالسواء فيما أوصى له به، فيأخذ نصف وصية كل واحد منها، على ما قاله في رسم بع ولا نقصان، ويحتمل أن يكون أراد أنه شريك معهما جميعاً بالسواء فيما أوصى لهما به، إن كانا اثنين أو مع جميعهم بالسواء، فيما أوصى لهم به، إن كانوا جماعة، فيأخذ

ثلث ما بيد كل واحد منهما إن كانا اثنين، أو ربع ما بيد كل واحد منهم إن كانوا ثلاثة أو خمس ما بيد كل واحد منهم إن كانوا أربعة، وكذلك ما زاد عددهم. وسواء على ظاهر الرواية قال: هو شريك معهما أو معهم بالسواء، أو لم يقل بالسواء؛ لأن قوله بالسواء، لا يرفع الاحتمال من المسألة لجواز أن يريد الموصي بالسواء مع كل واحد منهم على انفراد أو بالسواء مع جميعهم على اجتماعهم. فما وقع في رسم بع ولا نقصان عليك، بعد هذا من تفرقته بين أن يقول بالسواء، أو يسكت عن ذلك، قول ثالث في المسألة، والرجوع في هذا إنما هو إلى ما يغلب على النظر بأن الموصي أراده بلفظه، فالأظهر عنده من الاحتمالين، فمرة رأى قوله: هو شريك معهم، أظهر في أنه شريك مع كل واحد منهم على انفراده فيما أوصى له به على السواء، ومرة رأى قوله: هو شريك معهم، أظهر في أنه أراد أنه شريك مع جميعهم فيما أوصى لهم به على السواء، ومرة رأى إذا قال بالسواء أظهر في أنه أراد أن يساوي بينه وبين جميعهم، وإذا لم يقل بالسواء أظهرُ في أنه أراد أن يساوي بينه وبين كل واحد منهم فيما أوصى له به على انفراده. والذي أقولُ به: إنه إن كانت وصاياهم متفقة، فالأظهر أن يكون شريكاً مع جميعهم، فيستوي هو وكل واحد منهم فيما يصير له على ما في المدونة في مسألة العبد، وإن كانت وصاياهم مختلفة، فالأظهر أن يكون شريكاً مع كل واحد منهم في وصيته، إذ لا بد من اختلاف وصاياهم، إذ قد فضل بعضهم على بعض. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك في رجل أوصى بعتق نصيبه من عبد، وأن يعتق عنه نصيب صاحبه، فأبى صاحبه أن يبيع، قال: ذلك عليه إن شاء وإن أبى من بيْعه.

قال محمد بن رشد: مثل هذا في رسم العتق من سماع أَشهب من كتاب العتق. وقال سحنون: رأيت فيه رواية لابن وهب عن مالك وهي: ولعل أن شريكه إن أبى لا يستقيم نعيم شريكه ويعتق نصيبه وحده، قال أبو إسحاق التونسي: والأشبه ما روى ابن وهب ولا أدري من أين أنكرها سحنون، وإنما قال أبو إسحاق: إن الأشبه ما روى ابن وهب؛ لأنه إذا لم يلزم الشريك ذلك إذا لم يوص به، لوجب ألا يلزمه إذا أوصى به؛ لأن وصيته في مال غيره غيرُ جائزة، والذي يوجب النظر أن يلزمه ذلك وإن لم يوص به؛ لأن الثلث له بعد وفاته، فإذا أعتق فيه حظه من العبد بإيصائه بذلك، وجب أن يقوم فيه حظ شريكه وإن لم يوص بذلك، كما إذا أعتق حظه من العبد في مرضه، يقوَّم على شريكه شاء أو أبى على ما في المدونة.

فيتحصل فيمن أوصى بعتق حظه من عبده ثلاثة أقوال: أَحدها: إنه يقوم في ثلث حظ شريكه، وإن لم يوص بذلك. والثاني: إنه لا يقوم فيه، وإن أوصى بذلك إلا أن يشاء ذلك الشريك، والثالث: الفرق بين أن يوصي بتقويم حظ شريكه في ثلثه، وبين ألا يوصى بذلك وبالله التوفيق.

مسألة:

ومن كتاب أوله استأذن سيده

وسألته من الرجل يوصي أن يُباع عبده ممن أحب، فيوصي بوصايا، فيضيق الثلث عن ثلث رقبة العبد، وعن الوصايا فقال: قال مالك: إذا لم يجد من يشتريه، عتق منه ثلثه، فأرى إذا جعله مالك عتقا أن يبدأ. قلت: ولم صار عتيقاً؟ أَلِأنّه ملك بعض رقبته حين أوصى له سيده بثلثها فلم يجد من يشتريه بذلك؟ قال ليس هذا مِن هذا الوجه، ولو كان من هذا الوجه لعتق بقيته في سائر ماله إن كان للعبد مال، ولكنه لما سماه مالكٌ عتقا فصارت فيه المحاصة، بُدىء على أهل الوصايا.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه يُبدَأُ العبد بثلث ثمنه على الوصايا، إذا لم يجد من يشتريه بثلثي ثمنه، خلاف ما تقدم في رسم الطلاق، ومن سماع أشهب، وهو صحيح على القول بأنها وصية للعبد، إن لم يرد من أحبَّ أن يباع منه أن يشتريه بثلثي ثمنه، ولا أراد الورثة أن يبيعوه منه بأقل من ثلثي ثمنه، أعتق ثلثه.

وقد مضى بيان هذا في رسم الوصايا ورسم الطلاق من سماع أشهب.

وقد قال ابن دحون: إنما هذا إذا رجع فيه إلى عتق ثلثه، فأما إن وجد من يشتريه ببعض الثلث، أو بأقل فلا بد من المحاصة مع أهل الوصايا، يقال للمشتري: تشتريه ببعض ثلث ثمنه، على أن تحاص أهل الوصايا، فتنقص من ثمنه ما وقع لك في المحاصة. وقول ابن دحون هذا ليس بصحيح؛ لأنه قد نصَّ في الرواية أنه يبدأ بالثلث ثمنه على أهل الوصايا، من أجل أن الوصية له بذلك تؤول إلى العتق. ونص فيما مضى في رسم الوصايا من سماع أشهب على أن المشتري لا يجوز الشراء بحَطيطة ثلث الثمن، إلاَّ ما دخله من العول. وقد مضى الكلام على ذلك هنالك، فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن رجل هلك وترك في حانوته شعيراً وأوصى أن ذلك الشعير بينه وبين

رجل سماه، فأتى الوصي إلى ذلك الرجل الذي سمَّى أن الشعير بينه وبينه، فذكر له ما عهد إليه صاحبه، فقال: ما لي عنده شعير، ولكن لي عنده أربعون ديناراً. وأتاه ببينة على الأربعين، فقبضها ثم قال: قد والله وجدت في برنامجي أن الشعير بيني وبينه. قال: يحلف بالله أنه له، ويكون له شطره؛ لأنه لم يقرّ بشيء يخاف به تلف الأربعين حين كانت له البينة على الأربعين. وقال رأيت أن لَوْ لم يدَّعِ الأربعين أو ادعاها وقال: الشعير لي، لم يكن له الشعير، فإني أراه له إذا حلف.

قال محمد بن رشد: إنما لزمته اليمين وإن كان الميت قد أقرّ له من أجل أنه اتهم أن يكون ندم إذ أنكر ألاَّ أن يكون له في الشعير شيء، ويجوز أن يكون الموصي غلط فيما أمر أو نسي فلمّا رجع وادعى الشعير بعد أن أنكره، وجبت عليه اليمين للتهمة وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألت ابن القاسم عن رجل أوصى بثلاثة أعبد لرجلين، ثم قال بعد ذلك: وفلان وفلان من أولئك الرقيق لفلان لأحد الرجلين، وفلان للرجل الآخر. قال: أَرى أن يضرب كل واحد منهما فيهم بأكثر الوصيتين، ينظر، فإن كان نصف ثلاثتهم أكثر من العبد الذي أوصى به لأحدهما، ضرب مع صاحبه فيه بنصف قيمتهم، فلا يتهم بالوصية الأولى، وسقطت الآخرة، وإن كان العبد الذي أوصى له به أكثر قيمة من نصف ثلاثتهم ضرب فيهم بقيمة العبد، يعطى أكثر الوصيتين، وينظر أيضاً الآخر فإن كان قيمة العبدْين أكثر من نصف قيمتهم، ثلاثتهم، ضرب بقيمتها مع صاحبه فيهم أو فيما حمل الثلث منهم، وإن كان نصف قيمتهم ثلاثهم أكثر من العبدين اللذين أوصى بهما له ضرب بنصف قيمتهم، يضرب كل واحد منهما في الثلاثة الأعْبُد، وفيما حمل الثلث منهم بأكثر الوصيتين. قال: وكل شيء أوصي به لرجل في شيء بعينه ثم أُوصي له في ذلك الشيء أيضاً بوصية أُخرى، فإنه يؤخذ له بأكثر الوصيتين، مثل أن يقول: لفلان عشرون ديناراً، ثم يقول بعد ذلك: لفلان ثلاثون ديناراً، فإنه يعطى ثلاثين وتسقط العشرون، ومثل أَن يقول: لفلان وفلان المائة الدينار التي على فلان، ثم يقول بعد ذلك: لفلان لأحد الرجلين المائة الدينار التي على فلان، فليست يضرب فيها بخمسين ومائة بالوصية الأولى والآخرة، إلا أنه يؤخذ له بأكثرهما، فيحاص صاحب المائة بالمائة ويحاص الآخر بخمسين.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة على أصل ابن القاسم ومذهبه في أن

من أوصى بوصيتين، له الأكثر منهما كانت الأولى أو الآخرة، . تحمل على التفسير لما مضى في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم، حسبما ذكرناه هناك. وقد قال الفضل فيها: إنها خلاف لأصل ابن القاسم في هذه المسألة. والصواب أن تؤول على ما يخالف أصله في هذه المسألة على ما بيناه وبالله التوفيق.

ومن كتاب العرية

وقال مالك في رجل أوصى لرجل بمائة دينار مبدَّأة، ولقوم بوصايا ثم قال بعد ذلك: ولصاحب المائة المبدَّأة ألفُ دينار. قال: يحاص لصاحب المائة المبدَّأة بألف، فما صار له في المحاصة بالألف أُعطيه، إلا أن يكون الذي صار له في المحاصة بالألف أقل من مائة فيعطى المائة المبدَّأة وإنما ينظر إلى أي ذلك أكثر المائة المبدَّأة أو ما يصير له في المحاصة بالألف فيعطى الأكثر؟ قلت لابن القاسم: فإن قال: زيدُوا صاحب المائة المبدَّأة، قال يحاص أهل الوصايا بالألف ويأخذ الوصيتين جميعاً.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة أيضاً كالمسألة التي قبلها على أصل ابن القاسم وروايته عن مالك، في أن من أوصي له بوصيتين من نوع واحدٍ، له الأكثر منهما، كانت الأولى أو الآخرة وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن الرجل يقول في وصيته: نصْفُ عبديَّ حرّ، قال: يعتق نصف قيمتهما بالسهم. قلت له: فإن قال: أحد عبدي حرّ، قال: كذلك أيضاً يعتق نصف قيمتهما بالسهم.

قال محمد بن رشد: هذا صحيح على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك. ومذهب ابن كنانة، ومطرف، وابن الماجشون، أن القرعة تكون في الموصى بعتقهم. وفي المبتلين في المرض إذا سمى منهم عددا أو جزءاً أو جميعهم ولا يحملهم الثلث. والأصل في ذلك ما جاء في حديث الموطأ: " مِنْ أَن رَجُلا أَعْتَقَ عَبِيداً[1] لَهُ سِتَّة عِنْدَ مَوْتِهِ، فَأَسْهَمَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلمَ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ ثُلُثَ تِلْكَ الرقِيقِ. قَالَ مَالِكٌ: وَبَلَغَنِي أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لِذلِكَ الرَّجُلِ مَالٌ غَيْرُهُم ". وهو كما بلغه والله أعلم. إذ لو كان له مال غيرهم، لعتق منهم ما حَمل الثلث بالقرعة، على ما ذهب إليه مالك، خلاف ما

(١) أخرجه مالك في الموطأ (١٤٤١)، وأخرجه مالك في المدونة الكبرى (٤٥١).

ذهب إليه ابن نافع، من أن القرعة لا تكون إلا حيث السنة في الذي يعتق عبيده عند موته، ولا مال له سواهم. وذهب أشهب إلى أن القرعة إنما تكون في الموصى لهم بالعتق دون المبتَلين في المرض. فإذا قال الرجل في وصيته: أحدُ عَبديَّ هذين حُرّ أو نصفهما حرّ، أعتق نصف قيمتهما بالسهم، كما قال على قول جميعهم. ووجه العمل في ذلك، أن يُقوَّم كل واحد منهما على حده، ثم يضرب عليهما بالسهام، فإن كان قيمة أحدهما في التمثيل عشرين، وقيمة الثاني أربعين، فخرج سهم الذي قيمته عشرون، عتق جميعه، وعتق من الآخر الذي قيمته أربعون ربعه، وبقي ثلاثة أرباعه رقيقاً وإن خرج سهم الذي قيمته أربعون، عتق منه ثلاثة أرباعه، ورُقَّ ربعُه ورُقَّ جميع الآخر الذي أخطأه السهم؛ لأن نصف قيمتهما ثلاثون، على ما نزلناه. ولو قال أنصاف عبديَّ أو نصفا عبديَّ لعتق من كل واحد منهما نصفه، على ما قاله في العتق من المدونة وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن رجل يوصي لرجلٍ بعبدٍ بعينه، فيموت العبد عن مال قبل أن ينظر في مال الميت. قال مالك: المال للموصى له بالعبد.

قلت: فمن أين يخرج؟ من ثلث ما بقي بعد موت العبد، أَو من قيمة العبد؟ قال: بل من ثلث ما بقي بعد موت العبد، ويكون العبد كأنه لم يكن في مال.

قال محمد بن رشد: قد مضى اختلاف قول مالك في مال العبد الموصى به، هل يكون تبعاً له أو لورثة الموصي؟ في رسم البز من سماع ابن القاسم، وذكرنا هناك تحصيل الاختلاف فيه ووجهه فلا معنى لإعادته.

وقوله ها هنا: إن المال للموصى له بالعبد، خلاف قوله في رسم الوصايا من سماع أشهب. والقولان جميعاً في رسم البز من سماع ابن القاسم كما ذكرناه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل قال في وصية في عبد كان يملكه: إنه حُرّ من أصله، وإنما اغتصبته نفسه، ولم يكن لي عبد قط. قال: إن كان يورث كلالة فلا يقبل قوله، ولا يعتق من ثلث ولا غيره، وإن كان وارثه ولداً فإني أَرى أن يعتق من رأس المال، وذلك لأن مالكاً سئل عن رجل قال عند موته: فلانة لجارية له، هي أم ولدي، وقد ولدت مني، ولم يذكر ذلك قبل ذلك، ولا يعرف أحد ما قال، فقال: إن كان وارثه ولداً فإني أرى أن تعتق من رأس ماله، وإن كان يورث كلالة، فلا تعتق في رأس مال ولا ثلث، فمسألتك

مثلها. ورواه أصبغ.

قال محمد بن رشد: قيامه للمسألة التي سئل عنها على ما قاله مالك في الذي يقرّ في مرضه عند موته لجارية له أنها أم ولد ولا ولد معها صحيح، إذ لا فرق بين المسألتين في المعنى، فيدخل فيها من الاختلاف ما في مسألة مالك. وتحصيله: أن فيها إن كان يورث بولد، ثلاثة أقوال: أحدها: قوله في هذه الرواية، وفي المدونة إنها تعتق من رأس المال. والثاني: إنها لا تعتق من رأس المال. ولا من الثلث، وهو قول ابن القاسم وغيره في كتاب أمهات الأولاد من المدونة. والثالث: يتخرج بالمعنى على ما في كتاب المكاتب من المدونة. وهو أنها تعتق من الثلث. وإن كان يورث كلالة، ففيها ثلاثة أقوال أيضاً: أحدها: أنها لا تعتق في رأس مال ولا ثلث. وهو قوله في هذه الرواية وفي المدونة. والقول الثاني: أنها تعتق من الثلث، وهو قول ابن القاسم في كتاب المكاتب من المدونة. والثالث: أنها تعتق من رأس المال، وهو الذي يأتي في كتاب الكفالة والحوالة من المدونة في بعض الروايات من أن إقرار المريض لمن لا يُتهم عليه بدين جائز، كان يورث بكلالة أو ولد، وفي مجموع المسألة خمسة أقوال: أحدها: أنها لا تعتق من رأس المال ولا من الثلث، كان يورث بولد أو كلالة، وهو أحد قولَي ابن القاسم في كتاب أمهات الأولاد من المدونة، والثاني: أنها تعتق من رأس المال كأن يورث بكلالة أو بولد، وهو الذي يأتي على ما في بعض الروايات من كتاب الكفالة. والثالث: بكلالة أو بولد، فإن ورث بولد عتقت من رأس المال وإن ورث بكلالة لم يعتق من رأس المال ولا من الثلث. والرابع: أنه من ورث بولد عتقت من رأس المال، وإن ورث بكلالة عتقت من الثلث. والخامس: إن كان يورث بولد عتقت من الثلث، وإن كان يورث بكلالة، لم تعتق من رأس المال ولا من الثلث. وفي آخر سماع أبي زيد مسألة من هذا المعنى فيها إشكال سنتكلم عليها إذا وصلنا إليها إن شاء الله وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل له ثلاثة أعبد، فأوصى بهم لرجل ونصَّهم بأسمائهم، وليس له من الأعبد غيرهم، ثم أوصى بعبد منهم بعد ذلك لرجل وسماه باسمه، ولم يذكر انتزاعاً. قال: إن حملهم ثلاثتهم الثلث، كان الاثنان لهذا خالصاً، ورجع، فقاسم هذا الذي سمى له العبد بعد ذلك، فكان له نصفه وللآخر نصفه، وهو بمنزلة رجل ليس له إلا عبد واحد، فأوصى به لرجل، ثم أوصى به بعد ذلك لرجل آخر، ولم يذكر انتزاعاً، فإن

مالكاً قال فيما أظن يكون بينهما نصفين، فهذا حين أوصى له بالثلاثة الأعبد، ثم أوصى بواحد منهم بعد ذلك، كان قد أوصى بهذا العبد لهما جميعاً. قلت: فإن لم يحملهم الثلث، قال: يحاص بهم ثلاثتهم، فإن خرج من كل رأس من الثلاثة ثلثاه، كان ما خرج في العبدين لهذا خالصاً، ورجع فأخذ ثلث هذا العبد الآخر، وأخذ الآخر ثلثه، فعلى حساب هذا يكون. قال أصبغ: ويجعل ما أصاب العبد في العبدين خاصة، خالصاً له وحده، شريكاً للورثة، ولا يضرب صاحب العبد المنفرد في الثلاثة، فإن قطع الثلث لهما، فإنما يجعل وصية كل واحد منهما فيما سمى له وأوصى له به. وتفسير ذلك: أن يكون لا مال له غيرهم، ويكون ثمن كل واحد منهم ثلاثين ديناراً، والثلث ثلاثين، فللموصى له بالعبدين الخالصين ثلث كل واحد منهما، وباقيهما للورثة، وثلث العبد الذي اجتمعت فيه الوصيتان بينهما، لكل واحد منهما خمسة، وهو سُدسُه، فذلك ثلث جميع مال الميت.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة على أصل ابن القاسم في أن من أوصى لرجل بشيء ثم أوصى به بعد ذلك لغيره، لا يكون إيصاؤه به لغيره رجوعاً منه عن وصيته به للأول، ويكون بينهما، فلا إشكال فيها من قول ابن القاسم يحتاج إلى تفسير. وكلام أصبغ أيضاً بين صحيح مثل قول ابن القاسم في معناه، وإن خالف لفظه. وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل له على رجلين مائتا دينار، فأوصى لهذا بما على هذا وأوصى لهذا بما على هذا، وكان أحدهما مُفلساً ولم يترك من المال إلا المائتين، ومائة أخرى فأبى أن يجيز الورثة. قال: يقطع لهما الورثة بثلث النقد وثلث الدين، ثم يتحاصان، يحاص المفلس بقيمة ما على الغني، ويحاص الغني بقيمة ما على المفلس، فما صار له في المحاصة عليه اتبعه الورثة فيه، والغني بما صار له على المفلس، فيحاصون فيه جميعاً.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة، إلا أنها ناقصة تفتقر إلى تتميم بيان وجه العمل فيها إذا أجاز الورثة، وإذا لم يجبروا، فيما إذا أجازوا فيؤخذ من الغني ما عليه للمفلس، فيتحاص فيه الغني مع سائر غرماء المفلس، يضرب فيه الغني بحقه، وهو مائة والغرماء بمبلغ ديونهم ويتبعونه ببقية حقوقهم، فكلما أفاد شيئاً يحاص فيه الغني وسائر الغرماء بما بقي من حقوقهم حتى يستوفوها. وأما إذا لم يجيزوا وقطعوا لهما بالثلث شائعاً في النقد والدين، فوجه العمل في ذلك أَن يقال: كم قيمة ثلث الدَّين الذي على المفلس وهو ثلاثة وثلاثون وثلث؟ بأن يعرف ما يسوى بعرض، ثم يعرف ما يسوى

العرض، فإن كان ذلك في التمثيل عشرة، قيل: كم قيمة ثلث الدين الذي على الغني وهو ثلاثة وثلاثون وثلث؟ بأن يعرف أيضاً ما يسوى بعرض، ثم يعرف ما يسوى العرض، فإن كان ذلك في التمثيل ثلاثين، تحاصا جميعاً في ثلث النقد فكان بينهما أرباعاً؛ لأنه يضرب فيه المفلس بثلاثين، قيمة ثلث ما على الغني، ويضرب فيه الغني بعشرة، قيمة ثلث ما على المفلس، فما ناب الغني من ذلك أخذه، وما ناب المفلس أخذه منه، فيحاص فيه الورثة. والغني يضرب فيه الورثة بما لهم عليه، وهو ستة وستون وثلثان، والغني بماله عليه، وهو ثلاثة وثلاثون وثلث، ويؤخذ من الغني للمفلس ثلث المائة التي عليه، فيتحاص في ذلك الورثة، والغني الموصى له يضرب في ذلك الغني بجميع حقه الذي له عليه، وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث، ويضرب فيه الورثة بما بقي لهم عليه من حقوقهم، وذلك أنه كان لهم عليه ستة وستون وثلثان إذ سلموا الثلث من المائة التي كانت لهم عليهم للوصية فصار إليهم من الستة والستين والثلثين ما وجب لهم في المحاصة من ثلث الناض إذا تحاصوا فيه مع الغني الموصى له بما على المفلس، حسبما ذكرناه، ويأخذ الورثة من الغني ثلثي الدين الذي كان لهم عليه، إذ قد أسلموا الدّين للوصية، ويتبع الغني المفلس بما بقي له قِبَله من ثلث الدين، إذ قد قبضت من ذلك ما وجب له في المحاصة من ثلث الناض حسبما بيناه، ويتبعه الورثة بما بقي لهم قبله من ثلثي الدين إذ قد قبضوا من ذلك ما صار لهم في المحاصة مما وجب لهم من الثلث الناض، وما صار لهم في المحاصَّة مما وجب له بالوصية على الغني، حسبما وصفناه وبيناه. وقد ذكر ابن المواز في هذه المسألة أن قول مالك وأصحابه إنه لا يقدم الدين الموصى به، وإنما يحسب عدده. ومذهب المغيرة وابن وهب تقديم الدين وهو الأظهر؛ لأن الدين حكمه حكم العرض. قال ابن المواز: إنما ذلك عند ضيق الثلث، ولو كان الثلث يخرج منه المائتان لكان لكل واحد منهما مائة بعينها. وقد ذكر بعض أهل العلم، أنه يأخذ كل واحد منهما ثلث ما على صاحبه، ويتحاصان في ثلث الناض يضرب كل واحد منهما فيه بقدر وصيته. وقول ابن القاسم هو الصحيح في النظر؛ لأن الوصايا إذا تجاوزت الثلث فردت إليه صارت شائعة في جميع المال. وقد قيل: إنه من أوصى له بشيء بعينه فلم يحمله الثلث، يجعل له بمبلغ الثلث فيما أوصى له به، ولا يكون شائعاً في جملة المال. وهو أحد قولي مالك في المدونة. فعلى هذا يجعل للغني ما وجب له من جميع الثلث فيما على المفلس، وللمفلس ما وجب له من جميع الثلث فيما على الغني، وهو قول ثالث في المسألة.

وقد روي عن سحنون أن الدين لا يقطع له قيمة، بخلاف العرض. وسيأتي في رسم النسمة مسألة من هذا المعنى يدخلها ما دخل هذه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل تحضرهُ الوفاة، فيوصي أن تباع جاريته ممن أَحبت، ويوصي لرجل بعشرة دنانير، فيحمل ماله الجارية فقط، فأبى الورثة أن يجيزوا أَو أجازوا. قال ابن القاسم: يقال للورثة: إما أجزتم الوصية فتبيعونها ممن تحب بوضع ثلث ثمنها وأعطيتم هذا عشرة، وأما أعتقتم ثلثها وتسقط العشرة.

قال محمد بن رشد: قوله هذا في إيجاب العتق للجارية إذا أبى الورثة من إجازة الوصية، هو مثل ما تقدم في رسم أستأذن من هذا السماع، خلاف ما تقدم في رسم الوصايا ورسم الطلاق من سماع أشهب. وقد مضى الكلام على ذلك هنالك مستوفىً وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن رجل أوصى لرجل بسكنى دارٍ له ما عاش، وأوصى بوصايا، فضاق الثلث عن الوصايا، فيتحاصون في الثلث: هذا بقية سكنى الدار حياته، وأهل الوصايا بوصاياهم، فأخذ كل ذي حقّ حقه، فعاش الذي أوصى له بالسكنى أكثر مما عمر، هل يرجع على أهل الوصايا بشيء؟ وإن مات هو قبل الأجل الذي عمر إليه، هل يرجع أهل الوصايا فيأخذون ما بقي؟ قال ابن القاسم: إذا ضاق الثلث عن وصايا أهل الوصايا فيتحاصون في الثلث، فإن من أخذ شيئاً كان ذلك الشيء له بتْلاً وهو حكم يقع ويمضي، ولا يرجع أهل الوصايا على ما في يديه بشيء إذا مات قبل الأجل الذي عمر إليه؛ لأنه حكم قد مضى، وكذلك لو أوصى أن ينفق على رجل ما عاش فعمَّر ولم يحمل الثلث نفقة تعميره، إنه إن لم يجزه الورثة، كان ما صار له من الثلث بتْلاً يدفع إليه، وليس للورثة أن يرجعوا عليه بشيء وإن مات بعد ذلك بيوم؛ لأنهم قد خيروا في أن ينفذوا وصية صاحبهم، وفي أن يقطعوا له بالثلث بتْلاً، فاختارُوا القطع له بالثلث بتْلاً ولو كانوا أنفذوا وصية صاحبهم ثم مات، رجعوا فأخذوا ما بقي من النفقة، وكذلك أيضاً لو حمل الثلث النفقة، وفضل في أَيدي الورثة من الثلث فضلة، فعمر فوقف له من الثلث قدر نفقة تعميره، إنه إن مات قبل أن يستنجز النفقة، رجع على الورثة أيضاً فأخذ منهم نفقة ما بقي من عمره مما بقي في أيديهم من بقية الثلث.

قال محمد بن رشد: قوله: إن الثلث إذا ضاق عن وصايا أَهل الوصايا فيتحاصون

فيه، لم يرجع بعضهم على بعض بشيء، لا المعمَّر إذا عاش أكثر مما عمر على أهل الوصايا، ولا أهل الوصايا على ما بقي في يد المعمَّر إن مات قبل الأجل الذي عمر إليه؛ لأنه حكم قد مضى هو خلاف ما مضى في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب؛ لأنه قال فيه: إن المعمَّرين لا يرجعون على أهل الوصايا إن عاشوا أكثر مما عمروا، وإن أهل الوصايا يرجعون عليهم فيما فضل مما وقف لهم إن لم يستنقذوه بموتهم قبل الأجل الذي عمروا إليه. وقد قيل: إنهم يرجعون على أهل الوصايا إن عاشوا أكثر مما عمروا فيعمرون ثانية، كما يرجع أهل الوصايا عليهم فيما فضل مما وقف لهم إن ماتوا قبل أن يستنقذوه، وهو اختيار أشهب، والثلاثة الأقوال في آخر الرسم الأول من سماع أصبغ. وكذلك إن لم يكن ثم وصايا مع الموصى له بالنفقة أو بالسكنى حياته، فلم يحمل الثلث نفقة تعميره أو قيمة السكنى حياته، فلم يجز ذلك الورثة وقطعوا له بالثلث، قيل: إنه يكون له ما صار له من الثلث، لا يرجع عليه فيه الورثة، وإن مات بعد يوم أو يومين، وهو قوله في هذه الرواية، وقيل: إنهم يرجعون في الفضل، فيكون لهم إن مات قبل الأجل الذي عمر إليه. ولو أجاز الورثة الوصية أو حملها الثلث لارتفع الخلاف من المسألة، ولوجب إن لم يبلغوا الأجل الذي عمروا إليه، أن يرجع ما فضل مما وقف لهم إلى الورثة إن عاشوا أكثر مما عمروا أن يرجعوا على الورثة فيما بقي بأيديهم من بقية الثلث إن كانت الوصية أقل من الثلث، أو في بقية مال الميت إن كانت أكثر من الثلث فأجازوها، ولم يكن لهم على الوصايا رجوع بحال. وقوله في أول المسألة الذي أوصى له بسكنى الدار فعاش يحاص أهل الوصايا بقيمة سكنى الدار حياته ليس بخلاف لما في المدونة من أن من أوصي له بخدمة عبد أو سكنى دار، إنما يقوم في الثلث رقبة العبد والدار، لا قيمة الخدمة والسكنى لأن المعنى في ذلك إنما هو من حقّ الورثة إن لم يحمل الثلث رقبة العبد والدار، ألا يجيزوا الوصية، وأن يقطعوا للموصى له بالخدمة أو السكنى بالثلث من جميع ما ترك الميت، وإن كان الثلث يحمل قيمة الخدمة والسكنى، إذ قد يموتون قبل أن ترجع إليهم الرقبة، فيكون الميت كأنه قد أوصى بالرقبة ولا يحملها الثلث. وهذا هو معنى قول مالك في المدونة لأني لو أقمت الخدمة والسكنى، لكنت قد حبست العبد عن أربابه، والدار عن أربابها، وهم يحتاجون إلى بيع ذلك، فهذا لا يستقيم، وأما إذا لم يحمل الثلث رقبة الدار واحتيج في ذلك إلى المحاصة مع الوصايا فلا يحاص إلا بقيمة السكنى على غيره؛ لأنه هو الذي أوصى له به، لا الرقبة، ولو كان الثلث لا يحمل الرقبة والوصايا، وهو

أكثر من قيمة السكنى والوصايا، لوجب إذا عاش أكثر مما عمر إليه أن يكون أحق بما فضل من الثلث، فيستوفى منه السكنى بقية حياته، كما أوصي له به؛ لأن أهل الوصايا قد أخذوا وصاياهم، فلا كلام لهم، والموصى له بالسكنى أحق بقيمته الثلث من الورثة.

مسألة:

وسألته عن الرجل يمرض وله عبد قيمته مائة دينار، وللعبد مائتا دينار، فيقول للعبد: أعطني المائتين، وأعتقك فأَخَذها وأعتقه. قال: عتقُه جائز. قلت: كيف يجوز لهذا وهو مريض؟ وهو لو قال في ذلك هو حُرّ بتْلاً أو أوصى بعتقه، لم يعتق منه إلا ثلثها رقبة، وأقر ماله في يديه، ولم يحاص في عتقه بشيء من ماله إذا لم يترك إلاَّ العبد وماله، فقال: أرأيت لو قال: خذوا من عبدي ماله وأعتقوه، وليس له مال غيره، فوجدوا العبد ثلث ماله أليس قد كان يعتق؟ قلت: لا أدري قال: نعم، إذا قال: خذوا ماله وأعتقوه، جاز عتقه إذا كان هو ثلث ماله.

قال محمد بن رشد: هذا بيّن على ما قال إن عتقه جائز؛ لأنه قد كان له أن يأخذ ماله ولا يعتقه، فإذا أخذ المائتين منه وأعتقه، وقيمته مائة، فذلك بين الجواز؛ لأنه أعتقه، وثلث ماله يحمله، إذ قد صار المال له بانتزاعه إياه منه، وإنما قال له أَعطني المائتين، وأعتقك التماس رضاه بذلك، خشية أن يكون كارهاً للعتق إذا لم يكن له مال، لا من أجل أن له أن يمتنع من ذلك. وقد قال بعض أهل النظر: إنما جاز ذلك؛ لأنه نفذ عتقه في حياته على عوض وهو ثلثه. والوجه في جواز ذلك هو ما ذكرته، لا ما سواه. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألت ابن القاسم عن الرجل يقول: أحد عبيدي لفلان، وله ثلاثة أعبد قيمتهم سواء، وليس له مال غيرهم، ثم يقول بعد ذلك: عبدي فلان لفلان، رجل آخر، والعبد من تلك الثلاثة الأعبد، قال: إذا كان قيمتهم سواء، أسهم بينهم بثلاثتهم للذي قال: أحد عبيدي لفلان، حتى يعلم في أي عبد يقطع له فيه وصيته، فإن خرج سهمه في الذي أوصى به للرجل الآخر كان نصفه له، ونصفه للآخر، وإن خرج سهمه في آخر كان له نصفه، وللورثة نصفه، وكان لهذا الآخر نصف العبد الذي له به، فعلى هذا فقسْ أمرها إذا اختلفت قيمتهم أو اتفقت على هذا، وإن كان مع العبيد مال غيرهم، إلا أن العبيد أقل من الثلث، فإن الذي أوصى له بالعبد بعينه يحاص صاحبه بقيمة العبد الذي سمى له ويحاص الآخر بثلث قيمتهم ثلاثتهم.

قال محمد بن رشد: قوله: إذا لم يكن له مال سواهم، وكانت قيمتهم سواء، إنه يسهم بينهم للذي قال: أحد عبيدي لفلان، فإن خرج السهم منهم على الذي أوصى به للآخر، كان بينهما نصفين، وإن خرج على غيره، كان له نصفه، وللورثة نصفه، وكان للآخر العبد الذي أوصى له به، بيّن لا إشكال فيه، إذ ليس له أن يوصي بأكثر من ثلث ماله، وثلث ماله هو عبد من الأعبد الثلاثة إذا لم يكن له مالٌ سواهم. وقوله: فقس أمرها إذا اختلفت قيمتهم، أو اتفقت على هذا، يريد أنه إذا اختلفت قيمتهم يسهم أيضاً نجيبهم ثلاثتهم، للذي قال: أحد عبيدي لفلان فإن خرج السهم على العبد الذي أوصى به للآخر، وقيمة الثلث فأقل، كان بينهما بنصفين، وإن كانت قيمته أكثر من الثلث، كان بينهما بنصفين ما حمل الثلث منه، وكانا شريكين فيتبع الورثة بالزائد على الثلث، وإن خرج السهم على عبد من العبدين الآخريْن، وقيمتهما جميعاً الثلث فأقل، أخذ العبد الذي خرج له في السهم، وأخذ الآخر العبد الذي أوصي له به، وإن كانت قيمتهما أكثر من الثلث، مثلُ أن تكون قيمة أحد العبيد عشرة، والثاني عشرين، والثالث ثلاثين، فيوصي للرجل بالعبد الذي قيمته عشرة، ويخرج للآخر بالسهم العبد الذي قيمته عشرون، كان الثلث من العبيد إذا قطع به الورثة لهما، ولم يجيزوا الوصية بينهما على قدر وصاياهما؛ لأن الوصايا إذا لم يحملها الثلث حالت ورجعت إلى الإشاعة في الثلث. وهذا على القول بأن من أُوصي له بعبد من جملة عبيده يعطى واحداً من عددهم بالقرعة، وأما على القول بأن من أُوصي له بعبد من جملة عبيد، يكون له ثلثهم بالقيمة، إن كانوا ثلاثة، وربعهم إن كانوا أربعة، يخرج لهم في ذلك بالقرعة من عَددهم ما خرج، والقولان قائمان من المدونة، فالحكم في ذلك أن يخرج ثلثهم بالسهم للذي أوصي له بالعبد من الأعبد الثلاثة، فإن حمل الثلث الوصيتين جميعاً، افترقت في العبيد أو اجتمعت في العبد الموصى بعينيه لأحدهما أو كان في ذلك فضل عنه بعد ذلك، وانفرد بالفضل الموصى له بالعبد من الأعبد. وإن لم يحمل الثلث الوصيتين جميعاً، ولا أجاز ذلك الورثة، فقطعوا لهما بالثلث، تحاصا فيه على قدر وصاياهما. وفي المسألة قول ثالث، وهو أن من أوصي له بعبد من جملة عبيد، يكون شريكاً مع الورثة في كل عبد بالثلث، إن كان العبيد ثلاثة، أو بالربع إن كانوا أربعة فالحكم في رسالتنا على قياس هذا القول أن يكون للموصى له بالعبد بعينه ثلثا العبد الذي أوصي له به، ويكون ثلثه بينه وبين الموصى له الآخر لأن وصاياهما قد اجتمعت في ثلثه، ويكون للموصى له الآخر، ثلث كل عبد من العبْديْن الآخرين أيضاً. هذا إن حمل ذلك الثلث،

وأما إن لم يحمله الثلث، ولا أجاز ذلك الورثة، فقطعوا لهما بالثلث، تحاصوا فيه على قدر وصاياهما. وأما قوله: وإن كان مع العبيد مال غيرُهم، إلا أن العبيد أقل من الثلث إلى آخر قوله، فلا يستقيم، إلا أن يُعدَل بالكلام عن ظاهره من العموم، فيقال: معناه: إذا كان العبيد أقل من الثلث، ووصاياهما جميعاً إذا اجتمعت أكثر من قيمة العبيد، مِثلُ أن تكون قيمة أحدهم تسعين، وقيمة الثاني عشرين، وقيمة الثالث عشرة، فيوصي لرجل بعبدٍ منهم غير معين، وللآخر بالعبد الذي قيمته تسعون؛ لأن جميع قيمة العبيد على هذا مائة وعشرون، ووصاياهما جميعا مائة وثلاثون؛ لأن الذي أوصى له بعبد غير معين له ثُلثُ قيمتهم بأربعين، فيتحاصان جميعاً في جميع العبيد الموصى له بالعبد المعين بتسعين، والموصى له بالعبد من الأعبد بأربعين؛ لأن المحاصة إنما تكون عند ضيق المال عن حقوق أهله، وأما إذا كانت وصاياهما إذا اجتمعت، مثل قيمة العبيد أَو أقل، فيأخذ كل منها وصيتهُ كاملة، ولا يحتاج في ذلك إلى التحاص. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يوصي بأن يحج عنه بثمن جارية له، ثم إنها ولدت بعد موت الموصي قبل أن تباع، فهل تباع بولدها؟ أو يكون أَوصى لرجل بجارية فلم ينظر في وصيته حتى ولدت هل تكون هي وولدها للذي أُوصي له بها مع ولدها؟ أو تكون ماتت وبقي ولدها، هل ترى ولدها للموصى له؟ أو يكون قال جاريتي حرة إن دخلت دار فلان، أو كلمت فلاناً، ثم إنها ولدت أولاداً قبل أن يدخل الدار، وقبل أن يكلمهُ، ثم كلمه، هل يعتقون معها أم لا؟ قال ابن القاسم: أما الذي أوصى بالحج عنه بثمن جارية له، فأرى الوصية في الجارية وولدها إن ولدت بعد موت الموصي، وأما الذي أوصى بجارية له لرجل فولدت، فإنها إن كانت ولدت بعد وفاة الموصي، فولدها أيضاً للموصى له، بقيت الأمة أو هلكت، وإن كانت ولدت والموصي حي، ثم هلك بعدُ، فلا حقّ للموصى له في ولدها. وأما الذي قال: إن دخلت هذه الدار فجاريتي حرة، فولدتْ قبل أن تدخلها، ثم دَخلها ولها ولد، فإنها تعتق بولدها. كذلك قال لي مالك على الاستقلال للعتق.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إن ما ولدت الجارية الموصى بها لرجل أو الموصى بعتقها، والموصى بالحج بثمنها بعد موت الموصى فولدها تبع لها، أن الوصية قد وجبت بموت الموصي وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " كُلُّ ذَاتِ رَحِمٍ

فَوَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا " وأما ما ولدت الجارية المحْلوفُ بعتقها أَلا يفعل فعلاً، فالقياسَ ألا يعتق ولدها بعتقها؛ لأنه فيها على بِرٍّ، وله أن يطلق ويبيع، إلا أن قول مالك قد اختلف في ذلك، مرةً كان يقول: تعتق بولدها، ومرة كان يقول: تعتق بغير ولدها، ولكن الذي ثبت عليه من ذلك واستحسن على ذكره، أن تعتق هي وولدها على ما قاله في هذه الرواية، في رسم جد ولا نقصان عليك، من سماع عيسى من كتاب العتق، وفي رسم المدبر والعتق من سماع أصبغ منه، وفي رسم باع غلاماً من سماع عيسى بن القاسم، وأَما اليمين التي يكون فيها على حنث مثل أن يحلف بعتقها لَيفعلن فعلاً ولا يضرب لذلك أجلاً فالقياسُ أن يعتق ولدها بعتقها، وهو المشهور من قول مالك. وقد روي عن مالك أن ولدها لا يدخل في اليمين، وهو قول المغيرة المخزومي. وإن ضرب ليمينه بعتقها ليفعلن فعلاً أجلا فهو أخف. وفي دخول ولدها في اليمين اختلاف؛ لأن مالكاً إذا رأى في أحد قوليه أَن الولد يدخل في اليمين التي يكون فيها على بِرَ، وله أن يطأ ويبيع، فأحرى أن يرى ذلك في هذه اليمين التي يمنع فيها من البيع، ويختلف في جواز الوطء له وبالله التوفيق.

ومن كتاب أُمهات الأولاد

قال ابن القاسم: إذا قال الرجل عند موته: قد كنت أعتقت غلامي فلاناً أو كنت تصدقت على فلان بكذا وكذا، وقد كنت جعلت كذا وكذا في سبيل الله، فأنفذوا ذلك، وأوصى بوصايا فإن ذلك يكون في الثلث بمنزلة الوصايا يصنع فيها ما يصنع في الوصايا حين قال: أنفذوا ذلك إن كان عتقاً بعينه يبدأ، فإن كانت رقبة ليست بعينها هكذا أو غير ذلك من الوصايا مما يُشبه حبّ بين ذلك كله، ووقعت فيه المحاصة، وإن كان قال ذلك، قد كنت فعلت كذا وسكت ولم يقل فأنفذوا ذلك فليس ذلك شيء لا في الثلث ولا في رأس المال، وهو ميراث، ولا يدخل فيه الوصايا ويدخل في ثلث ما بعده، وإن لم يقل شيئاً وسكت، ولم يذكر رأساً إلا أنه قد فعله في الصحة، ولم يزل في يديه حتى مات، ولم يخرج من يديه، فإن الوصايا تدخل فيه، وإن كان على أصل ذلك بينة، ثبت العتق من رأس المال، وردت الصدقات والنخل، وجرت فيه الوصايا؛ لأنه لم يذكرها، ولم يقل أنفذوها وقاله أصبغ كله.

قال محمد بن رشد: أما إذا قال في مرضه هذه الأشياء: قد كنت فعلت ذلك في صحتي فأنفذوا ذلك، فلا اختلاف في أنها تنفذ من ثلثه على سبيل الوصية، فتبدأ على

ما هي أَو كل منها، ويحاص بينها وبين ما كان في منزلتها. وأما إذا قال: قد كنت فعلت ذلك في صحتي ولم يقل فأنفذوا، فأماً العتق، فيتخرج على الاختلاف الذي ذكرناه في رسم العرية في الذي يقرّ في مرضه عند موته في جارية أنها أُم ولده. وأما ما ذكره في مرضه من أنه كان تصدق به في صحته، أو جعله في السبيل، فلا اختلاف في أنه لا ينفذ إن مات من مرضه في رأس مال ولا ثلث، وإنما يدخل الاختلاف في العتق، بخلاف الصدقة وما أقرّ أنه جعله في السبيل من أجل أن العتق لا يفتقر إلى حيازة، بخلاف الصدقة، وما كان في معناها، ولا تدخل الوصايا في شيء من ذلك، وإنما تكون في ثلث ما بقي بعدها، ولا اختلاف أحفظه في هذا. وأما إذا تصدق في صحته ولم تحز الصدقة عنه حتى توفي، فاختلف هل تدخل فيها الوصايا أم لا على قولين: أحدهما: أنها تدخل فيه، وهو قوله في هذه الرواية. ووجه ذلك أنه لما أمسكه ولم يحوزه حمل عليه أنه أراد إبطاله، فوجب أن تدخل فيه الوصايا. والقول الثاني: أنه لا تدخل فيه الوصايا. وهو قول مالك في الموطأ رواية يحيى ورواه ابن وهب عنه أيضاً وهو قول ابن كنانة قال: لأنها صدقة للمتصدق عليه بها حتى مات، وإنما ردها القاضي بعد الموت بالحكم للتهمة، وقد كان من أدركنا من الشيوعي يقولون في مسألة رسم القضاء المحض من سماع أصبغ، من كتاب الصدقات والهبات إنها خلاف هذه الرواية، مثل قول مالك في الموطأ ورواية ابن وهب عنه. وقول ابن كنانة، وليس ذلك بصحيح؛ لأنها مسألة أخرى، لا اختلاف فيها حسبما بيناه هنالك، من الفرق بين المسألتين. والذي قلته عن الذي قال في مرضه: قد كنت أعتقت عبدي في صحتي، يتخرج على الاختلاف الذي ذكرناه في رسم العرية في الذي يقرّ في مرضه عند موته بجارية أنها أُم ولده، يؤيده ما حكاه ابن المواز عن مالك في القائل في مرضه: كنت أعتقت فلاناً في صحتي، وتصدقت على فلان بكذا، إنه يعتق العبد من ثلثه، وتبطل الصدقة، إذ لو ثبتت بالبينة لبطلت، ولو قامت بالعتق بينة كان من رأس المال.

قال محمد: وهذه الرواية غلط ويبطل ذلك كله، وليست بغلط كما قال محمد؛ لأنه اختلاف معلوم من قول مالك، وهو كتاب المكاتب من المدونة فقف على ذلك كله وتدبره تُصبْ إن شاء الله، وبه التوفيق.

ومن كتاب يوصي لمكاتبه بوضع نجم من نجومه

وسألته عن رجل هلك وترك ولداً وترك ثلاثة أعبد، وليس مع الولد وارث غيره،

فقال: هذا العبد أوصى أبي بعتقه، ثم قال بعد ذلك: لا ليس هو هذا، ولكن هو هذا، ثم قال بل هو هذا، حتى ينصهم بثلاثتهم. قال يقومون ثلاثتهم ثم ينظر إلى قيمتهم ثلاثتهم فيعتق في كل واحد ثلث قيمتهم ثلاثتهم سواء أعتقوا ثلاثتهم، وإن كانت قيمتهم مختلفة فمن كانت قيمته منهم ثلث قيمتهم ثلاثتهم، عتق كله. ومن كانت قيمته أكثر من ثلث قيمتهم عتق منه ما حمل الثلث من قيمتهم. فعلى هذا يعتقون.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة إن لم يكن له مال غيرهم، ولذلك قال: إنه يعتق في كل واحد منهم ثلث قيمتهم ثلاثتهم؛ لأنه قد أقرّ لكل واحد منهم أنه هو المعتق، فوجب أن يعتق إن كانت قيمته ثلث قيمتهم ثلاثتهم فأقل، مثال ذلك أن تكون قيمة أحدهم عشرة، وقيمة الثاني عشرون، وقيمة الثالث ثلاثون، فالذي قيمته عشرة، يقول له: قد أقررت لي أني أنا هو الذي أوصى أبوك بعتقه، فأعتقني؛ لأن قيمتي أقل من الثلث، والذي قيمته عشرون يقول لها قد أقررت لي أنا هو الذي أوصى أبوك بعتقه، فأعتقني؛ لأن قيمتي الثلث. والذي قيمته ثلاثون يقول له: قد أقررت لي أني أنا هو الذي أوصى أبوك بعتقه، فاعتق مني ثلث قيمة العبيد، إذ لم يترك أبوك مالاً غيرهم، فهو عشرون، فيعتق منه ثلثاه، ولو ترك من المال سوى العبيد ثلاثين ديناراً لعتق جميع العبيد الذي قيمته ثلاثون أيضاً لِحمْل الثلث له، فالأصل في هذا أن يعتق كل واحد منهم إن كان يحمله ثلث مال الميت، ومن لم يحمله منهم ثلث الميت، عتق ما حمل الثلث منه. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن الرجل يأتيه الخبر، أن غلامه هلك، وأن سفينته غرقت، وأن فرسه مات، أو نحو ذلك من الأمور، فتحضره الوفاة فيوصي بوصايا، ثم يموت، فيأتي خبر أن ذلك الغلام حي، والفرس حي، والسفينة لم تغرق، قال ابن القاسم: إن كانت قامت عنده البينة، وشهد قوم عنده قبل الوصية أو بعدها أن العبد مات، والسفينة غرقت، والفرس مات، أو بلغه ذلك فطال زمانه، ويئس منه، ثم جاء خبر بعد موته أنه لم يذهب منه شيء، فلا يدخل فيه شيء من الوصايا، وهو كَمالٍ طارىء لم يعلم به، وإن كان ذلك شيء بلغه، فلم يلبث إلا يسيراً حتى مات، ولم يشهد عنده أحد بهلاكه، إلا خبر بلغه، فإن الوصايا تدخل فيه.

قلت فالعبد يأبق؟ قال: تدخل فيه الوصايا متى ما رجع.

قال محمد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة والقول فيها في أول سماع أشهب،

فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوصى أن ينفق على أُمهات أولاده

سمعت عبد الرحمن بن القاسم، وسُئِل عمَّن أوصى فقال: أنفقوا على أُمهات أولادي ثلاث سنين، وأوصى بخادم تخدمهن حياتهن، على من نفقة الخادم؟ قال: نفقتها في الثلاث سنين من مال الميت، فإذا انقضت فنفقتها عليهن، قيل: فإن قال: أنفقوا عليهن كلهن ثلاث سنين، في كل سنة عشرة دنانير، أيكون للخادم نفقة من مال الميت في ثلاث سنين؟ قال: لا. قلت: لِمَ؟ قال لمكان التسمية؛ لأنه قد سمى ما ينفق عليهن، فليس يزدن عليه.

قال محمد بن رشد: قوله: وأوصى بخادم تخدمهن حياتهن، يدل على أنه إن لو لم يوص لهن بذلك، لم يفرض لهن في الثلاث سنين خدمة في جملة النفقة، وهو قول ابن الماجشون؛ لأنه لا يفرض للموصى له بالنفقة للخدمة إلا بوصية. وقد مضى هذا وما يدخله من الخلاف في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب. وأما إذا سمى ما ينفق عليهن في كل سنة من الدنانير، فلا إشكال في أنهن لا يزدن على ذلك شيئاً في إخدام ولا في نفقة من أوصى بخدمتهن، إذ لا يصح أن يزدن على ما أوصى به لهن. والله الموفق.

مسألة:

قيل: فرجل أوصى فقال: أنفقوا على أم ولدي ما دامت مقيمة على ابنها ما لم تُنكح ما عاشت، فمات الابن وقالت: لا أنكح وطلبت النفقة. قال: لا أرى ذلك لها ولا أرى أن ينفق عليها.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال لأنه إنما أوصى بالنفقة ما لم تنكح بشرط قيامها على ابنها إذ لا غرض للموصي في ترك نكاحها إلا ما لابنه من المنفعة في ذلك بحسن قيامها عليه، فإذا مات الولد، ذهب الذي من أجله أوصى لها بالنفقة، فوجب أن تسقط. وبالله التوفيق.

مسألة:

قيل له: فرجل أوصى قال: أنفقوا على أُم ولدي ما عاشت ما لم تنكح، فصالحها الورثة من النفقة التي لها حياتها بشيء يدفعونه إليها، قال: لا بأس به. قيل له: فأرادت النكاح. أَلَهم أن يرجعوا في الصلح؟ قال: لا. قيل: أفتمنع من النكاح؟ قال: لا أرى أن

تمنع من النكاح. قال عيسى: وإن ماتت بعد اليوم أو اليومين لم تتبع بشيء.

قال محمد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة والقول فيها في آخر رسم البيوع الأول من سماع أشهب، فلا معنى لإعادته.

مسألة:

وسُئِل عمَّن أوصى، فقال: لفلان مثل نصيب أحد ولدي وليس له ولد، وجعل يطلب الولد، فقدر أن مات ولم يولد له. قال: ليس للموصى له شيء؛ لأنه لم يثبت له شيء، واحتج في ذلك بمسألة مالك في الذي قال: اكتُبوا ما بقي من ثلثي لفلان، حتى أنظر لمن أوصي فمات قبل أن يوصي بشيء غير ذلك. قال مالك: ليس للموصى له ببقية الثلث شيء.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: لأنه لا شيء للموصى له بمثل نصيب أحد ولده إذا مات قبل أن يكون له ولد؛ لأن المعنى فيما أوصى به إن له مثل نصيب أحد ولده إن كان له ولد، فإذا لم يكن له ولد بطلت الوصية. ولا اختلاف أحفظه في هذا. وأما المسألة التي احتج بها في قول مالك، فاذهب يخالف فيها، ويرى له الثلث كله، ووجه ما ذهب إليه أَنه لما جعل له ما بقي من ثلثه، ثم لم يوص بعد بشيء، تبين أنه أراد أَن يبقى له جميع الثلث. ووجه قول مالك: أنه كان مجمعاً على أن يوصي ولا يدري لو أوصى هل كان يفضل من الثلث شيء أم لا؟ ولا تكون الوصايا بالثلث، كما لا يكون الميراث به، فلكلى القولين وجه من النظر. وقد وقع في سماع محمد بن خالد بعد هذا من قول أشهب في بعض الروايات، أن له ثلث الثلث، مكانه ثلث الميت، فقيل: إنه غلط في الرواية، وتصحيف فيها، وقيل إنه اختلاف من قول أشهب، وإنه قول ثالث في المسألة. وعلى ذلك حمله ابن حارث في كتاب الاتفاق والاختلاف له وهو بعيد لا وجه له في النظر. ولو قيل: إن له نصف الثلث، لكان قولا له وجه؛ لأنه يقوله: لي الثلث كله، ويقول الورثة: لا شيء لك منه، فيقسم بينهما بنصفين. وقول مالك هذا هو قوله في رسم ربعه ولا نقصان عليك، ورسم أسلم بعد هذا من هذا السماع وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك: وإذا أوصى الرجل أن رُبع عبده حرّ، لم يقوم على العبد ما بقي منه؛ لأن السيد هو المعتق، وإذا أوصى لعبده بربع نفسه، عتق وقدم على العبد ما بقي منه. قال مالك: لأنه لو كان بين اثنين فأعتق أحدهما إصابته قوم عليه، فالعبد إذا ملك بعض

نفسه أحرى أن يقوم عليه ما بقي منه لأنه ما ملك من نفسه عتق. قال ابن القاسم، فإن أوصى لعبده بربعه وثلث ما بقي من ثلثه، لعتق عن نفسه فيما أوصى له به.

قال محمد بن رشد: لا اختلاف إذا أوصى الرجل بعتق بعض عبده أنه لا يقوم على العبد بقيته إذا لم يعتق عليه شيء منه، وإنما اختلف إذا أوصى له بثلثه، أو بثلث ماله فعتق ثلثه عليه، إذ لا يصح له مِلْكُ نفسه، هل يقوم عليه باقيه في مال إن كان له، أو فيما بقي من ثلث سيده إن كان أوصى له بثلث ماله، على ما مضى القول فيه في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم، وما يأتي في رسم أسلم ورسم الرهون من هذا السماع، وفي سماع أبي زيد، وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال: لو قال لفلان: مالي ولفلان سدس مالي فإن الثلث يقوم بينهما على سبعة أجزاء لهذا ستة، ولهذا جزء.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما في المدونة وهو مما لا اختلاف فيه أحفظه في المذهب، وسواء قدم المال على السدس، أو السدس على المال، وسواء كان ذلك في نسق واحد، أو لم يكن في نسق واحد، أو كان في وقتين؛ لأن الوصية بالمال أو جزء منه، أو بالجزأين من المال في وقت واحد، أو في وقتين، لا تدخل إحدى الوصيتين على الأخرى، ولكل واحد منهما وصيته التي أوصي له بها، يحاص بها أهل الوصايا إن ضاق الثلث عنها، بخلاف العبد يوصي به لرجل بجزء منه الآخر إنهما يشتركان في الجزء الذي أوصى به منه، وإن كان ثم مع العبد وصايا يضيق الثلث من جميعها، ضربا جميعاً بقيمة العبد في الثلث، ولم يضرب هذا فيه بقيمة العبد، وهذا بالجزء الذي أوصى له به، كما لو أوصى لرجلين، واحد بعد واحد، لم يضربا جميعاً إلا بقيمة العبد، بخلاف إذا أوصى بجميع ماله، أو بثلثه لرجل، ثم أوصى بعد ذلك لرجل آخر بمثل ذلك، إن كان واحد مما يضرب بوصيته كاملة. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسمعت ابن القاسم وسئل عن نعجة أوصى لرجل بصوفها وللآخر بجلدها، فاستؤني بها حتى ولدت أولادا قال: أما صاحبُ الصوف فليس له من ولدها قليل ولا كثير، وأما صاحب الجلد فله قيمة الجلد، ولا شيء له في الولد.

واحتج بقول مالك في البعير الذي بِيعَ على أن ينحر واستثنى جلده واستحيى إنما له قيمة الجلد، وقال في النعجة: إنما شأنها ووجه الوصية فيها علي الموت أن تذبح

فاستحييت، فله قيمة جلدها، أو لم يكن على الموت، فلا يكون له في الولد شيء، وإنما هو أحد هذين الوجهين وإنما هو على الموت، فليس له إلا قيمة جلدها.

قال محمد بن رشد: قوله في صاحب الصوف إنه ليس له من ولدها قليل ولا كثير بين، إذ ليس لصاحب الصوف من رقبة النعجة شيء، ولا من أولادها، وإن استحياها صاحب الجلد وصاحب اللحم، فأبقياها بينهما على الاشتراك. وأما قوله في صاحب الجلد: إنه له قيمة الجلد ولا شيء له، في الولد ففيه نظر؛ لأن القياس في هذه النعجة الموصَى لأحد الرجلين بجلدها، وللآخر بلحمها، أن يكونا شريكين فيها. هذا بقيمة الجلد، وهذا بقيمة اللحم، ولا يكون لصاحب اللحم أن يعطي صاحب الجلد قيمته، ولا شراؤه، كما لو اشترى أحدهما جلد الشاة، والآخر لحمها. وقد قال ذلك ابن حبيب في الواضحة إذا اشترى أحدهما الرأس والآخر البقية: إنه ليس للذي اشترى بقيمتها أن يعطي صاحب الرأس شَرْوَاهُ ولا قيمته ويستحييها ولكن يكونان شريكين جميعاً على قدر الأثمان. وإنما قال مالك في الذي يبيع الشاة ويستثني جلدها أن للمبتاع أن يعطى البائع شرْوى الجلد أو قيمته على القول بأن المستثنى يبقى على ملك البائع استحساناً مراعاةً لقول من يرى المستثنى بمنزلة المشترى لأن من اشترى جلدا الشاة قبل أن تذبح، على القول بجواز الشراء للبائع أن يعطي المشتري شَرْوَى الجلد أو قيمته، ويستحيي الشاة، وليس للمبتاع أن يمتنع من ذلك، لقول النبي عليه السلام: " لا ضَرَرَ[1] ولا ضِرَارَ ". قياساً على من وجب له في نقضُ عرصة، فأراد أن يهدمه ويأخذه، إن لرب العرصة أن يأخذه بقيمته منقوضاً وما أشبه ذلك، فقول ابن القاسم في هذه المسألة: إن للموصى له بلحم الشاة أَن يعطي الموصى له بجلدها قيمته ويستحييها هو مثل ما روي عنه فيمن وهب لرجل لحم شاته والآخر جلدها وأكارعها أن للذي وهب له لحمها أن يعطي للذي وهب له جلدها وأكارعها مثل ذلك، أو قيمتها ويستحييها، وذلك استحسان، لا يحمله القياس ولو كان ذلك من حقه بوجه القياس، لما وجب أَن يكون

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٣٣٤)، وأخرجه مالك في الموطأ (١٤٠٩)، وأخرجه أحمد في مسنده (٢٧٥٢)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢٢٨٢)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٣٩٨٨)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٨٨٢٩)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٢٨٨)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (١٠٥٢)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٣٧٠)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (٢١٤٨).

الولد له، إلاَّ إذا حدث بعد أن استخلص الشاة، بإعطاء صاحب الجلد قيمة جلده، وأما إذا غفل عن ذلك حتى ولدت أولاداً فلا يصح في وجه النظر، والقياس. أن يكون الأولاد له، وإنما الواجب أن يكون الولد بينهما كما كانت تكون المصيبة فيها منهما جميعاً لو هلكت. وهذا بين. والحمد لله.

مسألة:

وسئل عن رجل حضرته الوفاة وفي بيته حس ومسح مملوءَين طعاماً فقال مسح الشعير أعطوه فلاناً، هل يأخذه بالطعام أو بغير الطعام؟ قال: بل بالطعام. قيل فلو قال: الخريطة الحمراء أعطوها فلاناً، والخريطة مملوءَة دنانير. قال: تكون له الخريطة وما فيها.

قال محمد بن رشد: وقعت هذه المسألة في رسم بع ولا نقصان عليك من هذا السماع من كتاب المديان والتفليس، ووصل بها قال: ابن القاسم في الذي يقول: أعطوا فلاناً زقاً كذا وكذا فيوجد الزق مليئاً عسلاً، قال: يعطاه بالعسل، قيل: فلو كان مليئاً دراهم، قال: إذاً لا يكون له إلا الزق إلا أن يكون عرف أن فيه دراهم، فهو له. والوجه في ذلك أنه إذا كان الطرف الذي أوصى به للرجل مملوءاً مما جرت العادة أنه يجعل فيه حُملت وصيته على أنه أراد أن يعطيه بما فيه، وإن كان مملوءاً بغير ما جرت العادة أن يجعل فيه، لم يكن له مما فيه، إلا أن يقول: أعطوه إياه بما فيه، أو يعلم أنه عرف يوم أوصى أنه كان فيه ما وجد بعد موته فيه، إذ لا يصح أن يعطى بالوصية إلا ما يُرى أن الموصي أراده وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله بع ولا نقمان عليك

وسئل عن رجلٍ أراد أن يوصي وأحضر شهوداً فأوصى لأقوامٍ أَولم يوص بشيء، فقال: إني أُريد أن أؤخر وصيتي إلى غد، فأوصي، ولكن ما بقي من ثلثي فلفلان، فيموت قبل أن يوصي قال: قال مالك: لا شيء له، إذا أَخر وصيته فمات قبل أن يوصي؛ لأنه لا يرث أحدٌ أحداً بالشك، فكذلك الذي يعلم أنه إنما أوصى لرجلٍ ببقية الثلث، وهو يريد أن يقدم قبله وصايا، فلم يقدمها وفات بنفسه، ولم يعلم أنه ترك الوصية لهم، فلا وصية لهم؛ لأنه لا يدري أكان يفضل له شيء أم لا؟؛ لأنه كان مجمعاً على أن يقدم قبله وصايا؛ لأنه على ذلك أشهد وإنما جعل له ما فضل بعد تلك الوصايا فلا يعلم الذي له، فلا شيء له.

قال محمد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة والقول فيها في الرسم الذي قبل هذا. فلا معنى لِإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم في رجل قال: جزءٌ من مالي أو سهمٌ من مالي لفلان، فمات، قال: أَرى أن ينظر من حيث يقوم أصل فريضتهم، فيعطى منها سهماً إن كانت من ستة أسهم، وإن كانت اثني عشر فسهم من اثني عشر وإن كانت من أربعة وعشرين فسهم من أربع وعشرين، وإن كانت ورثته أولاداً فقط، فإن كان رجلاً وابنة أعطى سهماً من ثلاثة، وإن كان رجلاً وامرأتين فسهمٌ من أربعة، وإن كانا رجلين وامرأتين، فسهم من ستة أسهم، فعلى هذا فاحسب، قلوا أو كثروا، وإن لم يكن إلا ولد واحد، فله سهم من ستة؛ لأنه أدنى ما يقوم منه سهم أهل الفرائض. قال أشهب: له سهم من ثمانية. لأني لم أجد أحداً ممن فرض الله له سهماً أقل من الثمن. قلت: فإن كانت الفريضة أصلها من ستة، وهي تربو حتى تنتهي عشرة، فمن عشرة يعطى سهماً أم من ستة؟ قال: من عشرة.

قال محمد بن رشد: إنما جعل ابن القاسم السدس إذا لم يكن له ورثة، فيعطيه سهماً من سهام فريضتهم التي تنقسم عليها مواريثهم، لأن السدس أقل سهم مفروض لأهل النّسب من الورثة، فأُعطي الموصَى له أقل سهم فرضه الله لمن يرث الميت من أهل نَسبه. وإنما أراد أشهب له الثمن لأنه أقل سهم فرضه الله لمن يرث الميت من أهل نسبه وهو الأظهر؛ لأن هذا إنما يرجع فيه إلى ما يرى أن الميت أراده وقصده، وإذا احتمل أن يريد الموصى السدس للمعنى الذي رآه ابن القاسم، واحتمل أن يريد الثمن للمعنى الذي رآه أشهب، وجب أن لا يكون له إلاَّ الأقل، ويسقط الزائد للشك فيه. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال أشهب في رجل أوصى لأربعة نَفَرٍ بوصايا مختلفة أوصى لواحد بعشرة دنانير، ولآخر بعشرين، ولآخر بثلاثين، ولآخر بأربعين، فَكُلِّمَ في رجل، فقال: والله ما بقي شيء، ولكن هو شريك معهم، فمات، قال: يعطَى نصف وصية كل واحد مما أوصى لهم له، ليس من بقية الثلث بعد وصايا هؤلاء، ولكن من وصاياهم، قيل له: فإنه قال: هو شريك معهم بالسَّوية، قال: يعطى ربع كل وصية إذا كانوا أربعة، وإن كانوا خمساً فخمسها، فعلى هذا يعطى، ينظر إلى عدد الذين أوصى لهم، فإن كانوا ثلاثة، كان رابعاً أعطى ثلث ما أوصى به لكل واحد منهم، وإن كانوا أربعة، فربع كل إنسان،

وإن كانوا خمسة فخمس كل إنسان على هذا بحسب إذا قال شريك بالسواء، فإن كانوا ثلاثة كان رابعهم، وإن كانوا خمسة كان سادسهم، وإن كانوا ستة، كان سابعهم، فعلى هذا يحسب. قد قال ابن القاسم في غير هذا الكتاب وهو كتاب العشور من سماع عيسى بن دينار، في رجل أوصى لرجل بمائة، ولآخر بمائتين. ولآخر بثلاثمائة، فكُلِّم في آخَر، فقال له مثله، قال: له ثلث وصية كل رجل منهم، وكذلك لو كثروا حتى يكونوا خمسة أو عشرة، فله خُمس كل وصية أو عُشرها. قال: ولقد قال مالك: ونزلت في رجل قال: لفلان مثل نصيب أحد ورثتي وهم عشرة أولاد ذكور وإناث، فقال: له عشر المال، وكذلك لو كانوا كلهم ذكوراً له عشر المال، ولقد حدثني ابن دينارٍ عن أبي الزناد مثله وإن نَاساً ليقولون: يجعل حادي عشر سهماً من كل من يرثه من ولد ذكراً أو أُنثى. فقيل ذلك لمالك فأنكره أشد الإنكار، قال: وأهل العراق يقولون: يقاسمهم ويكون كرجل من ولده.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي أوصى لنفر بوصايا مختلفة، ثم كُلِّمَ في آخر فقال: هو شريك معهم بالسَّوية: إنه يعطى ربع كل وصية إن كانوا أربعة، أو خمسها إن كانوا خمسة، معناه: إن كانوا أربعة به، وخمسة به، وقوله عقب ذلك: ينظر إلى عدد الذين أوصى لهم، فإن كانوا ثلاثاً كان رابعا أعطي لك ما أوصى به لكل واحد منهم، هو كلام وقع على غير تحصيل؛ لأنه إنما يُعطَى ثلث ما أوصى به لكل واحد منهم إذا كانوا اثنين، فكان هو ثالثهم، وقوله بعد ذلك: فإن كانوا أربعة فربع كل إنسان، معناه: أربعة له، على ما تقدم، وكذلك قوله: إن كانوا خمسة فخمس كل إنسان، معناه أيضاً خمسة به على ما قال بعد ذلك: إنهم إن كانوا ثلاثة، كان رابعهم، يريد فيأخذ ربع ما بيد كل واحد منهم وإن كانوا خمسة، كان سادسهم، يريد: فيأخذ سبع ما بيد كل واحد منهم.

وقد مضى الكلام على هذه المسألة مستوفى في رسم نقدها نقدها فلا معنى لإعادته. والمسألة التي ذكر من كتاب العشور في رجل أوصى لرجل بمائة ولآخر بمائتين ولآخر بثلاثمائة، فكُلم في آخَر، فقال: له مثله. هي مسألة أُخرى إذ لا شرك للذي قال فيه: له مثله في شيء من وصايا الأولين، وإنما له مثل وصية أحدهم من بقية الثلث إن كانت وصاياهم متفقة، وإن كانت مختلفة، كما ذكر، وكانوا ثلاثة، فله مثل ثلث وصية كل واحد منهم من بقية الثلث، وإن كانوا أربعة، فله مثل ربع كل واحد منهم من بقية الثلث، وكذلك إن كانوا خمسة أو عشرة فله مثل خمس وصية كل واحد

منهم أو مثل عشر وصية كل واحد منهم من بقية الثلث، وهو الذي ذكرته بيّن في سماع أصبغ في أول رسم منه وإن لم يحمل ذلك الثلث تحاصر معهم، فيه بقدر ما أوصى به له ولهم مثال ذلك أن يكون أوصى لرجل بمائة، ولآخر بمائتين، ولآخر بثلاثمائة، وثلث ستمائة، ويقول في آخر: له مثله، فيجب له ثلث وصية كل واحد منهم، وذلك مائتان فيتحاصان معهم في الثلث وهو ستمائة، يضرب هو فيه بمائتين، والأول بمائة، والثاني بمائتين، والثالث بثلاثمائة، وهذا مثل الذي يوصي لرجل بمثل نصيب أحد ولده، سواء. وهو على مذهبه في المدونة في الذي يوصي لرجل بمثل نصيب أحد بَنيه، وله ثلاثة بنين إنه يكون له ثلث المال والذي أنكره مالك من قول من يقول في الذي يوصي لرجل بمثل نصيب أحد ولده وهم عشرة، إنه يجعل حادي عشر يريد أنه يأخذ كل واحد منهم جزءا من أحد عشر، فيستوفي بذلك هو وهم، ويكون الذي يحصل له مثل الذي يبقى لكل واحد منهم إن كانوا ذكورا كلهم أو إناثاً كلهم هو القول الذي حكى عن أهل العراق، من أنه يقاسمهم، ويكون كرجل من ولده وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله لم يدرك من صلاة الإمام إلاَّ الجلوس

وسألته عن رجلٍ يقول: لفلان مثل حظ أحد ولدي أوْ سهْمُ واحدٍ من ورثَتي. قال: إذا قال: مثل سهم أَحد ولدي ومع ولده أهل فرائض: أبوين وزوجة أو غيرهم. وفي ولده ذكورٌ وإناث، فإنه يقسم ماله على فرائض الله. يأخذ أهل الفرائض فرائضهم، ويقسم ما بقي بين ولده، للذكر مثل حظ الأنثى، فيعطى الموصى له من عدد جماعتهم سهماً إن كان الولد خمسة، أخذ خمس ما صار لهم، وإن كانوا ستة، فسدس، وإن كان الولد كلهم ذكوراً قُسم الميراث على ما وصفت لك، وأعطي مثل سهم أحد ولده، بعد أخذ من شركهم بفريضة مسماة فريضة، فعلى هذا يحسب، فإذا أخذ الموصى له ما صار له أخذ ما صار بجميع البنين، ومما صار لأهل الفرائض المسماة فأخلط كله، ثم يقسم على فرائض الله، يُعطى أهل الفرائض فرائضهم ويقسم الولد ما بقي بعد ذلك للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن قال: لفلان مثل سهم أحد ورثتي وفي ورثته أُم وأب وزوجة وأهل فرائضه، وولد، ذكور وإناثاً، أو ذكور فقط، أو إناثاً فقط، فإنه يقسم جميع مال الميت، على جميع من يرثه من أُم أو ولد أو زوجة أو والدٍ، يقسم ماله على جماعهم بالسوية، فما صار لواحدٍ منهم أُعطيه الموصى له، ثم يرجعون بعد أخذ الموصى له وصيته، فيخلطون ما بقي فيقتسمون ما بقي على فرائض الله، فعلى هذا

يحسب قال: ولو كان ولده كلهم إناثاً إذا قال مثل حظ أحد ولدي، قُسم ماله على فرائض الله، ثم كان له سهم ابنة من بناته، ثم أخلط جميع ماله، فيقسم ثانية. قال ابن القاسم: إذا أوصى له بسهم كسهم ولده ولد واحد فقط، لا وارث له غير ذلك، فإنه يقال له: انخلع من جميع المورث أو تعطى الثلث، وإن كان له ابنان لا وارث له غيرهما، خيرا أيضاً بين أن يخرجا نصف المال أو ثلثه، إن أَبَيَا، وإن كانوا ثلاثة، فأوصى لهم بسهم كسهم أحد ولده، قطع له بالثلث، ولم يخير الورثة في هذا. قال عيسى: وإذا قال من عدد ولدي، فإن كان ذكراً فله سهم ذكر، وإن كانت أُنثى فله سهم أُنثى يخلط مع الولد في العدد، فإن كان معهم أهل فرائض، أُخرجت فرائضهم، ثَم أخذ الموصى له كما وصفت لك مما بقي، ثم يردُّ أهل الفرائض ما أخذوا والولد، فيقتسمون على فرائض الله. قال: وإذا قال: وارث مع ورثتي، فإنه يعد الجماجم، فإن كانت ثلاثاً كان هو رابعهم، فإن زادوا فعلى هذا الحساب.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي يوصي لرجل بمثل حظ أحد ولده، وولده ذكور وإناث وأهل فرائض، إن ماله يقسم على فرائض الله فما وجب لأولاده منه بعد أخذ أهل الفرائض فرائضهم، قُسم على عدد ولده، الذكر والأنثى شرعاً سواء فيكون للموصى له مثل حظ أحدهم، ثم يجمع الباقي، فيقسم بين جميع الورثة على فرائض الله، وأنه إذا أوصى له بمثل سهم أحد ورثته، وفي ورثته أهل فرائض وأولاد ذكور وإناث، إن المال يقسم على عدد جماجمهم، فيأخذ الموصى له ما يصير لواحد منهم على عددهم، ثم يخلطون الباقي، فيقتسمونه بين جميع الورثة على فرائض الله، هو كله بيّن صحيح، على قياس قوله في المدونة في الذي يوصي لرجل بمثل نصيب أحد بنيه، وله ثلاثة بنين، أو بمثل نصيب أحد ورثته، ويترك رجالاً ونساء، وعلى قياس قوله في الرسم الذي قبل هذا في الذي يوصي لرجل بمائة، ولآخر بمائتين. ولآخر بثلاثمائة، ثم يكلم في آخر، فيقول: له مثله، أي مثل حظ أحدهم. وقد مضى الكلام على ذلك مستوفىً، ويدخل في هذا قول أَهل العراق، الذي أنكره مالك في المسألة التي قبل هذه. ويأتي قولهم في هذه المسألة على أصلهم، مثل قول عيسى بن دينار في الذي يقول: هو من عدد ولدي أو من جملة ورثتي، وقول عيسى بن دينار: وإنه إذا قال في الموصى له: هو من عدد ولدي، إنه يضاف إلى ولده، فيها من جملتهم، ويقسم المال على جميع الورثة على فرائض الله، مما نابه دفع إليه، وأخلط الباقي، فيقسم بين جميع الورثة على كتاب الله، صحيحٌ لا اختلاف فيه، وكذلك قوله: إذا قال فيه: هو وارث مع

ورثتي إن المال يقسم على جماجمهم، ويكون له ما يصير لواحد منهم، ثم يخلط الباقي، ويقسم على الفرائض، صحيحٌ أيضاً بيِّن لا اختلاف فيه بين مالك وأهل العراق، ولم يفرق في هذه الرواية بين أن يقول: من ثلثي أو يسكت عنه، وقيل: إن ذلك سواء؛ لأنه قد علم أن الوصية لا تكون إلا من الثلث، فإذا قال الرجل: أعطوا فلانا مثل نصيب أحد ولدي، فإنما معناه: أعطوه من ثلثي مثل نصيب ولدي من جميع مالي، بمنزلة إذا قال: أعطوه مثل نصيب ولدي من ثلثي، والأظهر أنه إذا قال من ثلثي، فإنما أراد أن يساويه معه، بأن يعطي من ثلثه مثل نصيبه مما بقي من ماله، بعدما أوصى به من ثلثه، على ما رواه أبو زيد عن ابن القاسم في سماعه بعد هذا وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن الرجل يوصي بأن يُشترى من ماله رقبة، وذكر أنها واجبة عليه، فابتاعوا رقبة قبل أن يقسم ماله، فمات العبد، أو جنى جناية تحيط برقبته قبل أن ينفذ عتقه. قال ابن القاسم: أما إذا مات فإنه يرجع أيضاً في المال، فيخرج مما بقي ثمن رقبة، فتشتري، فتعتق إن حمل ثلث ما بقي بعد موت الغلام ما يكون فيه رقبة، أوما كان ثلثه، وكذلك لو أخرج ثمنه فسقط، وأما إذا جنى، خُيِّرَ الورثة في أن يسلموه، ويبْتاعوا من ثلث ما بقي عبداً أو أن يفتكوه فيعتقوه، وكذلك يرجع أبداً في ثلث ما بقي ما لم ينفذ عتقه أو يقسم المال، فإن قسم المال وقد اشترك أو خرج ثمنه فذهب، فلا شيء على الورثة، إلا أن يكون معه في الثلث أهل وصايا قد أخذوا وصاياهم، فيؤخذ مما أخذ ما يبتاع به رقبة لأنه لا تجوز وصية وثم عتق لم ينفذ إلا أن يكون معه في الوصية من الواجب ما هو مثله فيكون في الثلث سواء، وإن بقي في أيدي الورثة من الثلث ما يبتاع به رقبة، أخذ ذلك من أيديهم بعد القسم وابْتِيع به رقبة، وأنفذ لأهل الوصايا وصاياهم، لا يكون لهم من الثلث شيء وثم وصايا لم تنفذ.

قال محمد بن رشد: قوله: إذا مات العبد قبل أن يعتق: إنه يرجع في ثلث ما بقي بعد العبدَ فيشترى به عبد آخر، فيعتق إن كان المال لم يقسم، وإن كان قد قسم لم يرجع على الورثة إلاَّ بما بقي في أيديهم من الثلث بعد العبد الذي كان اشتري للعتق فمات، استحسان لا يحمله القياس؛ لأن الحقوق الطارئة على التركة لا يسقطها قسمة المال، وقد روى أصبغ عن ابن القاسم أنه يرجع إلى ما بقي من المال، فيخرج ثلثه، ويكون ذلك كشيء لم يكن، لا يحسب في ثلث، ولا يفرق بين أن يكون المال قد قسم أو لم يقسم، وهو ظاهر ما في كتاب الوصايا الأول من المدونة ومن الناس من ذهب

إلى أن يفسر ما في المدونة بما وقع في هذه الرواية من الفرق بين أن يقسم المال أو لا يقسم، وهو قول أصبغ، وليس ذلك بصحيح؛ لأن الأولى أن يحمل الكلام على ظاهره مما هو القياس، ولا يعدل به عن ظاهره بالتأويل، إلى ما ليس بقياس، وإنما هو استحسان، وكذلك قوله: إنه يرجع في ثلث ما بقي ما لم ينفذ عتقه، يريد أنه إذا أنفذ عتقه، فاستحق بعد العتق، لا يرجع في ثلث ما بقي من التركة بعد قيمته، وأن يقسم المال، وإنما يرجع فيما بقي من الثلث بعد قيمته هو استحسان أيضاً على غير قياس، والذي يوجبه النظر بالقياس على الأصول، أن يرجع أيضاً إذا استحق العبد بعد أن أعتق في ثلث ما بقي من التركة بعد قيمته قُسم المال أو لم يُقسم. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله سلف ديناراً في ثوب إلى أجل

وقال في رجل أوصى في ثلاثة أفراس، أو ثلاثة أعبد، فقال: أعطوا فلاناً عبداً أو فرساً ولم يسم له شيئاً بعينه. وخيِّروا فلاناً في الاثنين الباقين، فما اختار فهو له، والآخر ادفعوه إلى فلان. قال: أحبُّ إليَّ أن يكون للأول ثلثها فيعطى وسطاً منها، يكون له ثلثها. قال أصبغ: يعني بالقيمة ثلث قيم الثلاثة، وهو من كل واحد ثلثه، فأرى أن يجمع ذلك في فرس منها بالسهم، فإن نقص من صاحب السهم فلا شيء له غيره، وإن زادت القيمة عليه أتم من غيره، ثم يخيَّر صاحب الخيار في خيرة ما بقي، حتى يستكمل فرساً إن كان فيها كسر من فرس، ثم يكون للآخر ما بقي خيراً كان أو كسْراً.

قال محمد بن رشد: العمل في هذه المسألة على ما ذكره فيها، من أن من أوصى له بعبدٍ غير مُعين من جملة عبيد، يكون له ثلثهم بالسهم إن كانوا ثلاثة، أو ربعهم به إذ كانوا أربعة، وكذلك إن زاد عددهم على هذا أو نقص، أن ينظر كم قيمة الثلاثة؟ فيؤخذ ثلث القيمة، ثم يضرب بالسهم في الثلاثة، فما خرج فهو الذي أوضح له أولاً. فإن كانت قيمته ثلث قيمة الثلاثة، أخذه وخير الثاني في الاثنين الباقيين، وكان للثالث الباقي منهما، وإن كانت قيمة الذي خرج أكثر من الثلث كان له منه قدر الثلث، وخير الباقي في الاثنين الباقيين، أو في أخذ الجُزء الذي بقي مما أخذه الأول، ويستتم بقية فرس من الاثنيين الباقيين من أيهما شاء، ويأخذ الثالث ما بقي من الثلاثة الأفراس، وإن وقع للأول في الفرس أقل من ثلث القيمة ضرب له بالسهم ثانية، فما خرج من له من الفرسين الباقين، أخذ منه بقدر ما بقي له من الثلث ثم يخير الثاني بين أخذ الفرس الباقي، وأخذ الجزء الذي بقي من الفرس الثاني ويستتم عليه من الثالث تمام فرس،

ويأخذ الموصى له الثالث ما بقي. وقد قيل: إن من أُوصي له بعبد غير معين من جملة عبيد، يكون له ثلث كل واحد منهم إن كانوا ثلاثة، أو ربع كل عبد إن كانوا أربعة، وكذلك إن زاد عددهم على هذا أو نقص، فيأتي في هذه المسألة على قياس هذا القول. وهو قوله في المسألة التي بعدها: إذا عمي على الشهود الفرس الذي سمي للأول أن يعطى الأول ثلث كل فرس، ويعطى الثاني ثلثي المرتفع، أو ثلثي الوسط؛ لأنه هو الذي يختار لا شك، إلا أن يكون له غرض في غيره، ويعطى الثالث ما بقي. وقد قيل إن من أُوصي له بعبد بغير عينيه من جملة عبيد، يكون عبد من جملتهم بالقرعة، كان أقلهم قيمة أو أكثرهم قيمة، فيأتي في هذه المسألة على قياس هذا القول، أن يكون للأول عبد من الثلاثة الأعبد بالقرعة، ويخير الثاني الذي جُعل إليه التخيير في الفرسين الباقيين، ويكون للثالث العبد الباقي. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى في ثلاثة أَفراس له فقال: ادفعوا إلى فلان فرساً سماه بعينه، وخيِّروا فلاناً في الفرسين الباقيين، وادفعوا الآخر إلى فلان، فعمي على الشهود الفرس الذي سمى للرجل ولم يعرف، فقال: أرى أن يعْطى الذي أُوصي له بالفرس المسمى فنسي الثلث من كل فرس، ثم يعطى الذي أوصى له بالتخيير، ثلثي المرتفع، وثلث الوسط، ويعطى الذي أوصى له بأحدهما ثلثي الفرس الدنيء وثلث الوسط وقد أخذ ذلك الأول الثلث من كل واحد. فقد صار لكل واحد فرس تام، وقد ثبت مالك على هذا القول الآخر ورد عليه غيره مرة فثبت عليه بعد ذلك اليوم أيضاً.

قال محمد بن رشد: أجاز ابن القاسم في هذه الرواية شهادة الشهود وإن عمي عليهم الفرس الذي سمى الموصي للرجل، وشكُّوا فيه، فقيل: إن ذلك يأتي على ما في أصل الأسدية من كتاب الأيمان بالطلاق من المدونة في الذي طلق إحدى امرأتيه، ولم يدر أيهما المطلقة، من أن الشهود شكوا، فلم يعرفوا أيتهما المطلقة، إن كانت التي قد دخل بها أو التي لم يدْخل بها، وعلى قول ابن وهب في رسم الوصايا والأقضية من سماع أصبغ من كتاب الصدقات والهبات، خلاف المشهور من قول ابن القاسم. وقيل: إن إجازة ابن القاسم للشهادة في هذه المسألة ليس بخلاف المشهور، من قوله؛ لأنه إنما أجازها في الوصية بعد الموت على ما قيل من أنها تجوز في الوصية بعد الموت. ولا تجوز على الحيّ، وفي المسألة قول ثالث: إن الشهادة لا تجوز في الوصية بعد الموت، ولا على الحيّ، وفي المسألة قول ثالث: إن الشهادة لا تجوز في الوصية بعد

الموت، ولا على الحيّ، وهو قول أشهب في أول سماع سحنون بعد هذا؛ لأنه إذا لم يجز الشهادة في الوصية بعد الموت، فأحرى أن لا يجيزها على الحيّ. وجوابه في هذه المسألة على إجازة الشهادة، خلاف جوابه في المسألة التي قبلها. وقد ذكرنا أن المسألة تتخرج على ثلاثة أقوال، فلا معنى لإعادة ذلك وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الوصي: أَيَبيع المتاع بغير إذن الورثة؟ قال: إن كانوا كباراً قد رضي حالهم، أو نساء ثيباً أو متزوجات، قد برزن ورضي حالهن، فلا يبيع إلا بإذنهم، فإن باع رد المتاع؛ لأنه إنما أوصي إليه بالآخرين الذين تولى عليهم، ولم يوص إليه بهؤلاء، وإنما هؤلاء شركاء في هذا المتاع. قيل له: فإن فات؟ قال: إن كان فات وقد أصاب وجه البيع، كأنه يقول: مضى. قال أصبغ: لا أرى ذلك، وأرى للورثة رده، إلا أن يكون له ثلث موصى به مع ذلك، يحتاج إلى تحصيل المال وبيعه وجمعه، فيكون ذلك له إلا في العقار والرباع، فلا أرى ذلك له دونهم؛ لأنه ملعُونٌ، وأنه مما يقسم، وقسمُه غير ضرر، وإن لم يكن ثلث على ما وصفت، فهو مردودٌ على الورثة البالغين المالكين حصصهم، أو يأخذون بما بلغ، كالشركاء في السلع المفترقة التي لا تجتمع في القسم، فهم كالشركاء الأجنبيين للميت إن شاء الله.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم فيما باع الوصي على الصغار من المال، والمتاع المشتراة بينهم وبين الكبار، إن البيع يرد ما لم يفت، فإن فات، يريد من يد المشتري ببيع أو هبة أو بتحويله عن حاله، مثل أن يكون ثوباً فيصبغه، أَوْ غزلاً ينسجه، أو طعاما فيأكله، وما أشبه ذلك، وقد أصاب وجه البيع مضى، استحسان، والقياس أن لا ينفذ البيع على الكبار بحال، فات أو لم يفت، وكذلك قال أبو إسحاق: لا يجوز بيع الوصي على الكبار بقليل وبلا كثير، أصاب البيع أو لم يصب لأنه مالهم، وهم أحق وأولى بالنظر، لأنفسهم. قال: وهو أولى أيضاً بكل ما باع من مال الميت، إذا كان لهم رأي في شراء شيء مما يباع من التركة في ثلثه، فكيف يجوز أن يباع عليهم مالهم أنفسهم بلا مؤامرتهم؟ هذا خطأ. وكذلك قول أصبغ أيضاً: إن البيع يمضي إذا فات إذا كان له ثلث موصى به إليه، يحتاج إلي تحصيل المال أو جمعه أو بيعه، إلا في العقار استحسان أيضاً والقياس ألا ينفذ على الكبار البيع في حظوظهم من ذلك كله إلا بإذنهم، كالشركاء الأجنبيين للميت، ولأشهب في كتاب ابن المواز: إن للموصي أن يبيع الحيوان والرقيق والعقار وغيره لتأدية الدين، ولتنفيذ الوصية أيضاً وإن كان في

الورثة كبارٌ لا يولَّى عليهم، أو كانوا كباراً كلهم. وقد قيل: إنه ليس له بيع شيء من العقار إلاَّ الثلث، وهو أحب إليَّ. وقد مضى في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم، طرف من هذا المعنى وبالله التوفيق.

مسألة:

قال عيسى: قيل له: فما شق الورثة من الثياب على الميت؟ قال يضمنون، قيل: فإن خلى بينهم وبين ذلك الوصي، قال: يضمن إن كانوا صغاراً، وإن كانوا كباراً فهو عليهم.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إنهم يضمنون ما شق من الثياب على الميت، وخرقوه فأفسدوه. وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لَيْسَ مِنا مَنْ حَلَقَ[1] ولاسلق ولا خَرَق ". فإن خلى الوصي بينهم وبين ذلك ليشقوه ويفسدوه، ضمن من كانوا صغاراً لتسليطهم على ذلك، ولم يلزمه في الكبار شيء؛ لأنهم هم الضامنون لما أفسدوه وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: قال مالك: إذا قال الرجل في مرضه: ثُلثِي لِمَوالِي وفيهم المدبر والمكاتب والمعتق إلى سنة، قال مالك: أما المدبرُون فليس لواحد من هؤلاء وصية، حتى يعتقوا في ثلث الميت، فما فضل من الثلث عن عتقهم، كان المدبرون، ومواليه الذين كانوا في حياته، والمعتقون إلى أجل، والمكاتبون فيما بقي من الثلث بالسواء، يقسم بينهم على السواء، غير أن ما يصير للمكاتَبين والمعتَقين إلى أجل يوقف لهم، فإن أدى المكاتَبون وعتق المعتَقون إلى أجل، أعطوا ما وقف لهم من ذلك، فإن عجز المكاتَبون، ومات المعتقون إلى أجل، رجع حقهما إلى من بقي من الموالي قال مالك: ولو كان له ولاء أنصاف عبيد، وأنصاف مدبرين، دخلوا مع الموالي بأنصاف ذلك الولاء، فأعطوا بقدر ذلك.

---

(١) أخرجه البخاري (٥٤٦٩)، وأخرجه الترمذي (٣٥٧٩)، وأخرجه أبو داود (٢٧٢٦)، وأخرجه النسائي في سننه (١٨٥٣)، وأخرجه أحمد في مسنده (٢٠٩٥٩)، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٢٧٤٥)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٣٢٣٣)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٥١٣٠)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (١٩٨٥)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٤١٦)، وأخرجه البزار في مسنده (٢٦٤٨)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (٩٤٥١)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١١١١١)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٢٦٩٣)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢٠٩٨٢).

قال محمد بن رشد: مذهبه فيمن أوصى لمواليه، أنه يدخل في ذلك المعتقون بعده بالوصية والتدبير، إن خرجوا من الثلث وفضِلت منه فضلة لا اختلاف أحفظه في هذا، وهو بيِّن إن لم يكن له مَوالي سواهم، وأما إن كان له مَوالي سواهم يوم أوصى، فقد كان يشبه ألا يكون لهم دخول معهم؛ لأنهم لم يكونوا له بعدُ موالي يوم أوصى، إلا أنهم قد قالوا في الذي يوصى لولد فلان: إنه يدخُل في الوصية من يولَد لفلان بعد الوصية قبل موت الموصي، ولا فرق بين المسألتين والمسألة في رسم الوصايا والأقضية من سماع أصبغ. وأما المكاتب والمعتق إلى أجل، فقال في هذه الرواية: إنهم يدخلون مع مَواليه الذين كانوا في حياته بالسواء، ويوقف لهم ما صار لهم، فإن أدَّى المكاتَبون، وعتق المعتقون إلى أجل أعطوا ما وقف لهم من ذلك، وإن عجز المكاتبون ومات المعتقون إلى أجل، رجع حقهما إلى من بقي من الموالي. وحكى ابن المواز عنه أنه نفذ عتقهما. بأدَاء المكاتَب، وبلوغ أجل المؤجل قبل القسم دخل في الوصية، وإن سبقهم القسم فلا شيء لهم. وهذا عندي جارٍ على اختلاف قوله في المدونة في الذي يوصي لإخوانه وبنيهم مرةً حملهم محمِل المعيّنِين فرأى أن يُقسم المال بينهم على السوية، وهو قوله في هذه الرواية، فعلى قياس ذلك، يوقف لهم حقوقهم، ومرةً لم يحملهم محمل المعينين فرأى أن تقسم الوصية بالمال بينهم على الاجتهاد، فعلى قياس هذا لا يوقف لهم شيء، فإن عتقوا قبل القسم قسم لهم وإلا فلا وهو القول الذي حكى محمد عنه. وقال في ولاء أشقاص العبيد: إنهم يدخلون مع المَوالِي بأشقاص ولائهم، فيعطون بقدر ذلك إن أُعطى التام الولاء ديناراً أعطى الذي نصف ولائه نصف دينار، والذي له ثلث ولائه ثلث دينار، والذي له ربع ولائه ربع دينار. قال ابن حبيب: وإن لم يكن له مع الذين له بعض ولائهم مولَى تام الولاء، استووا في الوصية، ولم يُفضل بعضهم على بعض في العطية، وإن تفاضلوا في قدر ماله من ولائهم وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال ابن القاسم في رجل قال في وصيته: تسكن امرأتي داري حياتها، ولفلان مائة دينار، وما بقي من ثلثي فلفلان. قال: إن خرجت الدار والمائة من الثلث، نظر إلى ما بقي بعد ذلك، فيعطي الذي أوصى له ببقية الثلث، فإن أجاز الورثة للمرأة ما أوصى لها به من السكنى فذلك لها، وإن لم يجيزوا سكن الورثة معها، أو أكروه حياة المرأة، فاقتسموه على فرائض الله، فإذا هبطت أسلم إلى الذي أوصى له ببقية الثلث. وأصل

هذا وما يستدل به، لو أن رجلاً أوصى إلى امرأته بسكنى دار حياتَها، ولرجل أجنبي بما بقي من الثلث، فنظروا، فإذا الدار ثلث المال سواء، فإن الورثة يجيزُون، فإن أجازوا ذلك للمرأة سكنته حياتها، فإذا ماتت، أسلمت الدار كلها إلى الذي أوصي له ببقية الثلث، وإن لم يجيزوا دخلوا معها فيها على الفرائض حياتها، فإذا ماتت أسلمت إلى الموصى له كلها.

قال محمد بن رشد: قوله: إن خرجت الدار والمائة من الثلث، يريد رقبة الدار على ما في المدونة من أن من أوصي له بخدمة عبد أو سكنى دارٍ، تقوم رقبة الدار والعبد لا قيمة الخدمة والسكنى، فالعمل في هذا أن تقوم الدار وتجمع إلى الوصايا، فإن خرج ذلك كله من الثلث، تمت الوصايا وكان ما بقي للموصى له ببقية الثلث إن بقي شيء، ومتى تم أجل السكنى أخذ الدار الموصى ببقية الثلث، وإن لم يحمل الثلث قيمة الدار والوصايا فأبت الورثة أن يجيزوا ذلك، قطعوا لهم بالثلث، فتحاص فيه أهل الوصايا والموصى لها بالسكنى حياتها، بقيمة ما تعمر إليه على ما مضى من الاختلاف في حَدِّه، في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب، وأهل الوصايا بوصاياهم ولم يكن للموصى له ببقية الثلث شيء، وإن كان في الثلث فضل عن الوصايا وقيمة السكنى كان ذلك لمن له السكنى، وهي الزوجة، إذ قد تعيش أكثر مما عُمرتْ إليه فإذا ماتت، رجع ما فضل من ذلك إلى الموصى له ببقية الثلث، ولا شيء للزوجة في ذلك كله، إلا أن يجيزه فإن لم يجيزوه دخلوا معها في سكنى الدار حياتها إن حملها الثلث، فإن ماتت كانت الدار للموصى له ببقية الثلث، ولا شيء للزوجة في ذلك كله، إلا أن يجيزه لها الورثة، فإن لم يجيزوه لها دخلوا معها فرب سكنى الدار حياتها إن حملها الثلث، فإن ماتت، كانت الدار للموصى له ببقية الثلث، وكذلك ما صار لها بالمحاصة إن لم يحمل الثلث الدار، إن لم يجيزوهُ لَها اقتسموا معها على فرائض الله، ولا اختلاف في أن الدار إذا حَملها الثلث، ترجع بعد موت الزوجة إلى الموصى له ببقية الثلث، إذا لم يقل: فإذا ماتت فهي رد على جميع الورثة، ولو قال ذلك لم ترجع إليه على قول عيسى بن دينارٍ الذي يأتي في رسم أسلم. وقد مضى ذلك في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

ومن كتاب إن خرجت من هذه الدار

وسئل عن رجل أوصى بأن يقوم بلهو عرس رجل، أو مناحة ميت، هل تنفذ وصيته

وتؤجر النائحة وصاحب اللهو؟ قال: لا أرى أن تنفذ وصيته، وقوله باطل، قيل: أرأيت إن كان ذلك اللهو مما يجوز من شأن العرس مثل الكَبَر والدف، فأوصى بذلك؟ قال: فلا أرى أن تنفذ.

قال محمد بن رشد: أما الوصية بإقامة مناحةٍ على ميت، فلا اختلاف في أن الوصية بذلك لا يجوز تنفيذها؛ لأن السياحة على الموتى محرم بالسنة، فالأجرة على ذلك حرام، لا تحل ولا تجوز، وكذلك ما لم يرخص فيه من اللهو في العرس باتفاق، أو باختلاف على مذهب من لا يجيزه، مثل الكَبَر والمزهر؛ لأن ابن حبيب أجازهما جميعاً في هذه الرواية، وهو قول أصبغ في سماعه من كتاب النكاح، وعليه يأتي قول ابن القاسم في سماع سحنون في الكَبَر إذا بيع؟ إنه يفسخ بيعه ويؤدب أهله؛ لأنه إذا قال ذلك في الكبر، فأحْرى أن يقوله في المزهر. وقيل: إنه يجوز الكبر ولا يجوز المزهر. وهو قول ابن القاسم في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب النكاح، وأما على مذهب من يُجوزه ويستحب تركه، فلا ينبغي أن تنفذ الوصية. وأما على مذهب من يجيزه ويراه من الأمور الجائزات التي لا ثواب في تركه ولا حرج في فعله، ففي جواز تنفيذ الوصية قولان، وكذلك الغربال التي اتفق على إجازته في العرس، في جواز تنفيذ الوصية به قولان، على مذهب من يراه من الأمور الجائزات التي لا ثواب في تركه ولا حرج في فعله، وأما على مذهب من يجيز فعله، ويستحب تركه، فلا ينبغي تنفيذ الوصية به. هذا تحصيل القول في هذه المسألة.

قال محمد بن المواز: ويرجع ما أوصى به لذلك ميراثاً لأهل الميراث، ولا يدخل فيه الوصايا، يريد أنهم يحاصون به أهل الوصايا عند ضيق الثلث، لا أنه يبدَّأ على الوصايا ويكون الورثة أحق به. وفي كتاب محمد بن المواز: من أوصى لرجل بمالٍ على أن يصوم عنه، لم يجز ذلك، وهو نحو قول ابن كنانة في أن الوصية بالحج لا يلزم تنفيذها وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال ابن القاسم: إذا أوصى لرجل بجميع ماله، وليس له وارث إلا ولد واحد، ومات عن ثلاثمائة دينار، فبلغ ذلك الولد وهو مريض فقال: قد أمضيت ما صنع والدي، وثلث مالي صدقة على رجل سماه، وليس له مال إلا الذي ورث من أبيه، قال: يكون للذي أوصى له أبوه ثلث الثلاثمائة دينار، وذلك مائة دينار، ثم يرجع في المائتين، فيتحاص في ثلثها هو والذي ذلك أوصى له الابن بثلث ماله، يضرب فيه هذا

بمائتي دينار، وهذا ثلث المائتي. قال عيسى: إنما ذلك إذا كان الابن إنما أجاز وهو مريض ثم مات؛ لأنها وصية، فيما إن كانت إجازته في الصحة ثم مرض، فأوصى بثلث ماله، فليس ذلك المال له بمال، إذا كان قبضه المتصدق به عليه أولاً قبل موت هذا أو مرضه، فإن، لم يقبضه حتى مات أومرض هذا الابن، فلا شيء له لأنها صدقة لم تحز.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة صحيحة؛ لأن إجازة الابن وصية أبيه بأكثر من ثلث ماله بعد موته، هبة منه للموصى له مما زاد على الثلث، فإن كان صحيحا لزمه ذلك، ولم يكن له فيه رجوع. قال في المدونة: وإن كان عليه دين، كان للغرماء رد ذلك، وإن كان مريضا فمات من مرضه: كان ذلك في ثلثه، على حكم هبة البتْل في المرض، فإذا أَجاز وصية أبيه بجميع ماله بعد موته وهو مريض، وأوصى بثلثه لرجال فمات من مرضه، ولا مال له غير ما ورث عن أبيه، ولم يترك أبوه إلا ثلاثمائة دينار وجب أن يتحاص في ثلث المائتين التي ورثها عن أبيه الذي أوصى له هو، والذي أوصى له أبوه، يضرب الذي أوصى له هو بثلث المائتين؛ لأنه أوصى بثلث ماله، ويضرب فيها الذي أوصى له الأب بجميع ماله بمائتين؛ لأنه وهبها له في مرضه، إذا جاز وصية أبيه له بها، فوجب أن تكون في ثلثه، وفي هذا اختلاف، قد قيل: إن هبة البتْل تبدأ على الوصية، اختلَف في ذلك قول مالك حسبما بيناه في رسم طلق ابن حبيب من سماع ابن القاسم وقول عيسى بن دينار: إن إجازته إن كانت في الصحة، ثم مرض، فأوصى بثلث ماله، فليس ذلك المال له بمال، إذا كان قد قبضه المتصدق به عليه أولاً قبل موت هذا أو مرضه، فإن لم يقبضه حتى مات أو مرض، فلا شيء له؛ لأنها صدقة لم تُحل صحيح، يُبين أن الورثة إذا أجازوا أكثر من الثلث، إن الزائد على الثلث لا يجري مجرى الوصية التي لا حيازة فيها، وإنما يجري مجرى الصدقة إن لم تحز بطل وأشهب لا يراها كالهبة، ويراها له قبضها قبل موت المجيز، أو لم يقبضها، وهو ضعيف وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى لرجل بأربعين ديناراً ينفق عليه منها ما يكفيه كل سنة، فمات الموصى ووقف مالُه لينظر في ثلثه، وليجمع ما كان منه مفترقاً فمضت سنة أو نحوها، ولم يجمع ما كان منه متفرقاً ومات الذي أوصى له بالنفقة قبل أن يصل إليه شيء، قال: يعطى ورثته نفقة ما عاش، وترد البقية على الورثة.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله؛ لأنه قد استوجب من النفقة ما عاش بعد

الموصي. والله الموفق.

مسألة:

ولو أن رجلاً أوصى بعتق نصف عبد له، وبالحج بالنصف الآخر، قال: إن كان أَبَتَّ عتق النصف، استتم عتقه كله، وبطل الحج، وإن كان لم يبتَّ كان نصفه حراً ونصفه في الحج.

قال محمد بن رشد: هذا ما قال: إنه إن كان أَبتَّ عتق نصفه في مرضه، يقوَّم عليه، ويبطل الحج، إذ لا اختلاف في أن من أعتق نصف عبده في مرضه، يقوم عليه، وإنما الاختلاف متى يقوم عليه؟ فقيل: إنه يقوم عليه جميعه في مرضه من الثلث، وقيل: يوقف، ولا يقوم إلا بعد الموت من الثلث، كانت له أموال مأمُونة أو لم تكن، وقيل: إنما يقوم إذا لم تكن له أَموال مأمونة، فإن كانت له أموال مأمونة، عجل عتقه من رأس ماله، وهذا الاختلاف كله في المدونة. وأما إن كان أوصى بعتق نصفه، ولم يُبتِّله، فيكون النصف الآخر في الحج كما قال؛ لأن من أوصى بعتق بعض عبده، لا يعتق منه إلا ما أوصى به منه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل قال في مرضه: لفلان ثمر حائطي ولا يدري أي ثمر جعل له؟ أو كم من سنة؟ فقال: إن كان في النخل ثمر فله ثمر تلك السنة، ولا شيء له غيرها، وإن كان حين أوصى بذلك، ليس في النخل ثمرة. فله ثمرة فله ذلك الحائط حياته. قال سحنون مثله. قال محمد بن رشد: هذا كما قال؛ لأنه إذا كان في الحائط ثمرة

يوم أوصى ومات، والثمرة لم تجدّ، احتمل أن يريد تلك الثمرة خاصة، ولم يرد ما سواها، فوجب ألا يكون له ما سواها إلا بيقين، وقد قال ذلك سحنون في نوازله من كتاب الحبس في الذي يقول: لأمر حائطي حبس على فلان، ولا يقول: حياتَه، فكيف بالوصية؟ وأما إن جَدَّ الثمرة قبل موته، وأدخلها منزله، فيتخرج ذلك على قولين، هل يكون ذلك رجوعاً في الوصية أم لا؟ وقد مضى ما يبين هذا المعنى في رسم نقدها قبل هذا. وإذا لم يكن في الحائط ثمرة ذلك اليوم، وجب أن تكون له ثمرته فيما يستقبل حياتَه، لتناول لفظه لذلك تناولاً واحداً وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله أسلم وله بنون صغار

وسئل عن رجل أوصى بعتق، وبوصايا، ثم قال: إن فضل شيء من الثلث فهو لفلان، فاستحق عبد من أولئك العبيد بحرية، فأخذ ثمنه، هل يدخل في زمنه الذي

أوصى له ببقية الثلث؟ أو أهل الوصايا؟ فقال: لا يدخل واحد منهم في ثمن ذلك العبد، وثمنه للورثة، وهم يقاسون به أهل الوصايا.

محمد بن رشد: قد قال ابن القاسم بعد هذا في آخر رسم باع شاة: إنه يدخل في ثمن العبد المستحق أهل الوصايا، وإياه اختار ابن زرب. ولكلى القولين وجه فوجه القول: إن الوصايا لا تدخل فيه، هو أنه مال طرأ للموصي لم يعلم به، فوجب ألا تدخل فيه، وأن يكون في ثلث ما بعد العبد المستحق، إذ لا تدخل الوصايا فيما لم يعلم به الموصي وإنما تدخل فيما لم يعلم به المدبر في الصحة واختلف في دخول المدبر في المرض فيه. ووجه القول إن الوصايا تدخل فيه لاحتمال أن يكون الموصي قد علم بسبب استحقاقه، وأن الحقّ يوجب الرجوع بثمنه إن استحق بذلك السبب، فوجب ألا تبطل الوصايا التي أوصى بها إلا بيقين، وأما الموصى له ببقية الثلث، فلا شيء له إلاَّ ما فضل من الثلث بعد العبد المستحق، والوصايا، مثال ذلك: أن يوصي الميت بعتق عبد، قيمته ثلاثون، ويوصي لرجل بخمسة وعشرين، ويترك تسعين ديناراً بقيمة العبد فيعتق العبد بثلاثين ديناراً، وتسقط الوصايا لوجوب تبدئة العتق عليها. فإن استُحق العبد بحرية، وجب لأهل الوصايا ثلث ما بقي للميت من مال، بعد العبد المستحق، وذلك عشرون ديناراً. واختلف إن أخذ العبد المستحق ثمناً فقيل: يكون للورثة ولا يكون للموتى لهم فيه حقّ لأنه مال لم يعلم به الميت، وقيل: إنه يكون لأهل الوصايا ما بقي من وصاياهم، وذلك خمسة دنانير في ثلثه، ويكون الباقي للورثة، ولا يكون للموصى له ببقية الثلث فيه حق؛ لأنه إنما أَوصى له بما بقي من ثلثه بعد العبد والوصايا.

وقد مضت هذه المسألة في رسم نقدها من هذا السماع. وستأتي في هذا الرسم وفي آخر رسم باع شاة وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك لو أن رجلاً قال: داري حبس على فلان، وعبدي حبس على فلان، فإذا انقرضوا، فالعبد والدار ردّ على ورثتي، وما بقي من ثلثي فهو لفلان، فينظر في ثلثه، فإذا الدار والعبد قد أحاطا بجميع الثلث، فقيل: للموصى له ببقية الثلث، لا شيء لك لأن الدار والعبد قد أحاطا بجميع الثلث، فقال: قال مالك: إذا انقرض اللّذان جعل لهما الدار والعبد فهو للذي أوصى له ببقية الثلث، وليس للورثة من ذلك شيء، وإن كان حبس ذلك على وارث فلم يجز ذلك الورثة، حُبست تلك الدار والغلام على

الورثة، فإذا انقرض الذي جعل ذلك له رجع إلى الذي أوصى له ببقية الثلث قال عيسى: إذا قال: فإذا انقرضا فهو رد على ورثتي فليس للموصى له ببقية الثلث فيه شيء.

قال محمد بن رشد: استدل عيسى بقول الموصي فإذا انقرضا فهو رد على ورثتي، على أنه لم يرد أن يجعل للموصى له ببقية الثلث إلا ما بقي بعد قيمة الدار والغلام، ولم ير مالك رحمه الله في ذلك من قوله دليلاً على هذا. وقوله في هذه المسألة أبين من قول عيسى بن دينار؛ لأنه إنما أراد أن يبين بذلك أن الدار والعبد يرجعان إلى ملكه بموت المحبس عليهما لا بمرجع الأحباس، وإذا رجعا على ملكه دخلت فيه وصاياه.

وقد مضى في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم لمالك مثل قوله ها هنا فيما يشبه هذه المسألة. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى لأقاربه بثلث ماله، هل يدخل في ذلك قرابته من قبل الأم والأب؟ قال مالك: أراها لقرابته من قبل الرجال ولا أرى لقرابته من قبل الأم شيئاً إلا أن يكون له قرابة من قبل الرجال، فتكون لقرابته من قبل النساء. وهذا الآخر قول ابن القاسم: والنساء والرجال من قبل الأب فيه شرعاً سواء. قال عيسى: وقال أشهب: إني لأستحب أن يدخل فيه قرابته من قبل الرجال والنساء لأبيه وأمه.

قال محمد بن رشد: لا اختلاف في أنه إذا لم يكن له يوم أوصى قرابة من قبل أبيه، أن الوصية تكون لقرابته من قبل أمه، وإنما اختلف إذا كان له يوم أوصى قرابة من قبل أبيه، هل يدْخلُ معهم قرابته من قبل أمه أم لا؟ فمذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك، أنه لا يدخلِ في ذلك قرابته من قبل الأم قال في سماع أبي زيد: وإن لم يبق من أهل أُمه إلا خال أو خالة، فلا شيء لهم. وقال أَشهب: إنه يدخل في ذلك قرابته من الرجال والنساء من قبل أبيه وأمه. قال في كتاب ابن المواز: يبدأ بالفقراء ويعطى بعض الأغنياء، فرأى قسمة ذلك عليهم على وجه الاجتهاد، لا على السواء. وقد اختلف قول ابن القاسم في ذلك في المدونة في الذي يوصي لأخواله وأولادهم. ولا اختلاف في أنه لا دخول للمَوالي في ذلك، وإنما اختلف فيمن أوصى لقبيلة، هل يدخل في ذلك مواليهم على ثلاثة أقوال: أحدها: أنهم لا يدخلون في ذلك، وهو مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك، والثاني: أنهم يدخلون في ذلك، وهو قول ابن الماجشون، والثالث: أنه إن قال لبني تميم، لم يدخل في ذلك الموالي، وإن قال: ليتمم، دخلوا فيه. وهو قول

أشهب وهي تفرقة ضعيفة، إذ من القبائل ما لا يحسُنُ أن يقال فيه من بني فلان مثلُ جميلة، ومُرينة، وربيعة، وقيس، وأما إذا أوصى لمساكينه، فإن مَواليه يدخلون في ذلك، قاله ابن القاسم، وابن وهب في رسم الوصايا والأقضية من سماع أصبغ بعد هذا من هذا الكتاب. قال ابن وهب: الذين هم مَوالي عتاقة، فتحصيل هذا أنه إذا أوصى لقرابته، لم يدخل في ذلك الموالي، وإذا أوصى لمساكينه، دخلوا في ذلك، وإذا أوصى لقبيلة، فعلى الاختلاف الذي قد ذكرته. وقد مضى في أول رسم سماع ابن القاسم من كتاب الحبس التكلم على الآلِ والأهل. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال مالك: إذا قال الرجل: إني أُريد أن أُوصي غداً وأنا أشهدكم أَن بقيَّة ثلثي في سبيل الله، أو لفلان، ثم يموت ولم يوص بشيء، قال: ليس للذي معي له ببقية الثلث شيء؛ لأنه لم يوص بشيء فيعرف بقية ثلثه، وأشهب يقول: له الثلث كله.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها في رسم أوصى تكررت أيضاً في رسم بع، وتأتي في رسم جاع وفي سماع محمد بن خالد. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال: قال مالك: إذا أوصى الرجل لقوم بوصايا، وأقر لبعضه من يرثه بدين مائة دينار، فقال: ليس لأهل الوصايا في المائة الدينار شيء، رجعت إلى الورثة أو لم ترجع، لا يخرج الثلث إلا بعد خروج المائة.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال. وهو مما لا اختلاف فيه؛ لأنه لما أقرّ بالمائة عليه ديناً فلم يرد أن تكون الوصايا إلا فيما بعدها، أجازها الورثة للمقر له بها، أو لم يجيزوها له. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال مالك: إذا أوصى بوصية لرجل غائب، فمات الموصي، ومات الموصى له بالوصية قبل أن يصل إليه أو يبلغه أمرها فلم يُعلم أيهما مات قبلُ، فطلب ورثة الموصى له ما أوصى به لصاحبهم، وقال ورثة الموصى: لا وصية لصاحبكم؛ لأنه مات قبل صاحبنا. قال: قال مالك: لا شيء لورثة الموصى له، إلا أن يأتوا بالبينة أن الموصي مات قبل الموصى له؛ لأنه إنما يجري مجرى الميراث، لا يرث أحدٌ أحداً بالشك، لا يرثه إلا بالبينة، وكذلك الموصى له، لا يكون له ولا لورثته وصية، إلا بأمر يبين أن الذي أوصى له بها مات قبل صاحبهم، وكذلك لو أن رجلاً وكل وكيلاً على أن يعقد له

نكاحاً بأرض غائبة، على صداق معلوم، ففعل الوكيل ذلك ومات الناكح قبل أن يرجع إليه وكيله، فطلب أهل المرأة الصداق والميراث، وزعم أهل الرجل أن الرجل مات قبل أن يعقد النكاح. قال ابن القاسم: لا شيء للمرأة إلا أن تقيم البينة أن النكاح وقع قبل موت الناكح، وإلا فلا شيء لها.

قال محمد بن رشد: هذا كله كما قال، وهو بيّن لا إشكال فيه. والحمد لله.

مسألة:

قال ابن القاسم: قال مالك: من أوصى بوصايا لقوم وأوصى لرجل ببقية ثلثه، فأقام أياماً، فأوصى بعتق رقيق له، وأوصى بوصايا لقوم آخرين، ولم يغير من الوصية الأولى شيئاً، ثم مات، قال مالك: يبدأ العتق، ثم يكون أهل الوصايا الأولين والآخرين في الثلث سواء، إن وسعهم الثلث، كانت لهم وصاياهم، وإن ضاق الثلث عليهم تحاصوا في الثلث بعد العتق على قدر وصاياهم، ولا يكون للموصى له ببقية الثلث شيء إلا بعد العتق، وبعد أخذ أهل الوصايا الأولين والآخرين وصاياهم فإن فضل عنهم من الثلث شيء، كان له ما فضل، وإن لم يفضل شيء فلا شيء له. قال ابن القاسم: وإن مات أحد العبيد، أو استُحق أحدهم بحُرِّية أو استحق فأخذوا له قيمة، أو رد أحدٌ من أهل الوصايا ما أوصى له به، فأبى أن يقبله، لم يكن للذي أوصى له ببقية الثلث في ذلك شيء، ويدخل في الثلث قيمة الميت، وثمن الذي استحق بالحرية، ويكون ذلك للورثة، فإن فضل من الثلث عن الوصايا عن ثمن العبد شيء، وكان له، وإلا فلا شيء له. قال ابن القاسم: وهذا مخالف للذي حبس الدار والعبد؛ لأن الميت حين أوصى ببقية الثلث، قد علم أن ذلك الحابس راجع، وأن ثمن هذا العبد الذي استُحق بالحرية، كأنه مالٌ طرأ له من موروث، أو صدقة أو هبة، فلم يعلمه، ولم يدخل في الثلث، فكذلك الذي استحق الحرية. قالوا: ولا يدخل فيه أهل الوصايا أيضاً في المال الطارىء.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي أوصى بوصايا وأوصى لرجلٍ ببقية ثلثه، ثم أوصى بعد أيام بعتق ووصايا: إنه ليس للموصى له ببقية الثلث، إلاَّ ما فضل عن وصايا الأولين والآخرين، مثله في رسم الصلاة من سماع يحيى، وفي آخر سماع موسى بن معاوية، ومعناه على ما فسره محمد بن المواز إذا أوصى بوصايا لرجل، وأوصى بما بقي من ثلثه لغيره، ولم يقل: وما بقي من ثلثي بعدها لفلان؛ لأنه إذا قال وما بقي من ثلثي لفلان فإنما معناه وما بقي من ثلثي بعدما نوصي به بعد هذا فهو لفلان، وأما إذا

أوصى بوصايا لرجل وقال: ما بقي من ثلثي بعدها لفلان، ثم أوصى بعد ذلك بوصايا فلا تبدَّأ الوصايا الثانية على الموصى له ببقية الثلث، وإنما تبدَّأ الوصايا الأول على الموصى له ببقية الثلث، فيتحاص في الثلث الموصى له ببقية الثلث والموصى له بالوصايا الأول. والموصى له بالوصايا الأخيرة، فما حصل من الثلث في المحاصة للموصى له ببقية الثلث كل منه للوصايا الأول بقية وصاياهم؛ لأنه إنما له ما فض عن وصاياهم. مثال ذلك أن يكون الثلث ثلاثين، ويكون قد أوصى لرجل بعشرة، وأوصى لرجل آخر بما بقي من الثلث بعد الغارة، وأوصى لثالث بعشرة، فيتحاصون كلهم في الثلث، يضرب فيه الموصى له أولاً بعشرة والموصى له ببقية الثلث بعشرين، والموصى له آخراً بعشرة، فيجب للموصى له أولاً سبعة ونصف، وللموصى ببقية الثلث خمسة عشر وللموصى له آخراً سبعة ونصف، ويقال للموصى له ببقية الثلث: أكمل للموصى له أولاً عشرة مما صار لك لأنه مُبدَّأ عليك بعشرة، فيدفع إليه اثنين ونصفاً تتمة العشرة التي أوصى له بها، ويبقى له اثني عشر ونصفاً وإن شئت ضربت للموصى له أولاً وللموصى له ببقية الثلث، بمبلغ وصاياهم جميعاً، وذلك ثلاثون، وضربت للموصى له آخراً بعشرة، فيخرج للموصى له آخراً سبعة ونصف، وللموصى له أولاً مع الموصى له ببقية الثلث اثنان وعشرون ونصف، يأخذ الموصى له منها أولاً عشرة كاملة؛ لأنه مبدأ عليه بها. ويبقى له اثنا عشر ونصف، وإن كانت الوصية الآخرة عتقاً كان مبدأً على جميع الوصايا، ولم يكن للموصى له ببقية الثلث إلا ما فضل عن الوصيتين جميعاً الأولى والآخرة؛ لأن الأولى تبدَّأ عليه بما أوصى به الموصى، والثانية بما يوجبه الحكم من تبدئة العتق على الوصايا. فهذا وجه القول في هذه المسألة وأما قوله في الرواية عن ابن القاسم: وإن مات أحد العبيد أو استحق أحدهم بحرية أو استحق، فأخذ له قيمة إلى آخر المسألة، فقد مضى القول عليه في أول مسألة من الرسم، وفي التي بعدها، فلا معنى لإعادة شيء من ذلك وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن الرجل يوصي أن يُشترى عبدٌ بخمسين ديناراً من ماله فيعتق فيشتري ورثته أو وصيه بالخمسين ديناراً رأسين فيعتقان. قال: عتقهما جائز، وعلى من فعل ذلك من وصيّهِ أو وارث ضمان رقبة يشتريها بخمسين ديناراً أو يعتقها عن الميت.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، إذ لا يجوز أن يتعدى ما أوصى به الميت ويخالف أمره في وصيته. ومن فعل ذلك وجب عليه الضمان لقول الله عزْ وجل: ﴿فَمَن

بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾[البقرة: ١٨١]. ولو وصف الموصي العبد أجزأهم شراء تلك الصفة بأي ثمن كان، ولو اشترى الوصي بتلك الدنانير عبْدين على تلك الصفة ضمن نصف الدنانير للورثة إن كان اشتراهما صفقة واحدة، وهما سواء وإن كانت إحداهما أفضل من الثانية، ضمن ما ينوب الأدْنَى منهما، وإن كان اشتراهما في صفقتين، ضمن ثمن الثانية، وأجرى الأولى عن الميت إذا كان على الصفة، وأما إذا كان العبد غير موصوف فعلى ما قال في الرواية. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: قال مالك: إذا أوصى الرجل لعبده بثلث ماله عاتق جميعه في ثلث الميت إن حمله الثلث. قال ابن القاسم: وإن لم يحمله الثلث. فكان للعبد ما أُعتق على نفسه في ماله، بقدر ما وجد في يديه إن كان في يديه ما يستتم به عتقه عتق كله، وإلاَّ فبقدر ذلك يكون العبد في نفسه مع ورثة الميت كهيئة الشركاء في العبد إذا أعتق أحدهم نصيبه عتق عليه جميع العبد إن كان له مال، وإلا فبقدر ذلك، فكذلك للعبد في نفسه؛ لأنه حين أَوصى له بثلث ماله، فقد أوصى له بثلث رقبته؛ لأن رقبة العبد من ماله، فلما ملك العبد ثلث رقبته عتق، واستمر عتق نفسه عليه. ولو أوصى بعتق ثلثه، وأوصى له ببقية ثلثه، أو بدنانير مسماة، منه إلا ثلثه الذي سمى وكانت له الوصية دنانير، أو غير ذلك إن كان أوصى له ببقية الثلث.

قال محمد بن رشد: قوله: إذا أوصى لعبده بثلث ماله: إنه يعتق جميعه في الثلث إن حمله الثلث. وإن لم يحمله وكان له مال عتق على نفسه بقيته في ماله، هو مثل ما تقدم في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم، ومثل قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة. وفي ذلك من الاختلاف ما قد ذكرته في رسم أخذ يشرب خمراً المذكور. وأما قوله: ولو أوصى بعتق ثلثه وأوصى له ببقية ثلثه: إنه لا يعتق منه إلا ثلثه الذي سمى وكانت له بقية ثلثه، بمنزلة إذا أوصى بعتق ثلثه، وأوصى له بدنانير، فلا اختلاف في أنه لا يعتق على العبد ببقيته، لا فيما أوصى له به من بقية ثلثه، ولا من الدنانير التي أوصى له بها، ولا في مال إن كان له سواه؛ لأنه إذا أوصى بعتق ثلث عبده، وأن يعطى بقية ثلث ماله، فلم يملك بذلك شيئاً من رقبته، وكذلك قال في رسم الصبرة من سماع يحيى إذا أوصى بعتق ثلثه، وأن يعطى ثلث بقية ماله، إنه لا تعتق بقيته فيما أوصى له به من ثلث بقية ماله، وفي ذلك من قوله نظر. لأن ثلثي رقبته من بقية ماله، فإذا أوصى له بثلث بقية ماله، فقد أوصى له بثلث الثلثين الباقيين من رقبته، فوجب

على قياس قوله: أن يعتق على نفسه ثلث الثلثين الباقيين من رقبته؛ لأنه قد ملكه ذلك إذ أعطاه ثلث ما بقي من ماله. وإذا أعتق على نفسه شيئاً. منه وجب أن يقوم عليه بقيته في ماله على قياس قوله فلم يفرق على ما في رواية يحيى بين أن يوصى له بعتق ثلثه، وبثلث ما بقي من ماله، وبين أن يوصي له بعتق ثلثه، وببقية ثلث ماله، وهما يفترقان في وجه القياس والنظر على ما بيَّنَّاه وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت: فلو أوصى لهذا العبد بثلث ماله، وأوصى بعتق عبد آخر من المُبدَّأ منهما في الثلث؟ قال: المعتق مُبدَّأ في الثلث؛ لأن المعتق إنما يعتق عن الميت، والموصى له بالثلث، إنَّما يعتق عن نفسه.

قال محمد بن رشد: هذا بيِّن على مذهبه في أن ثلث العبد إنما يعتق على نفسه، ولذلك تُقوَّمُ عليه بقيته في بقية الثلث، وفي مال إن كان له سواه. ويأتي على قياس قول ابن وهب الذي يرى أن ثلث العبد، إنما يعتق بوصية الميت لا على العبد. ولذلك لا تقوم عليه بقيته في بقية الثلث، إلا أن تبدأ الوصية بعتق العبد على عتق ثلثه، وأن يسهم بينهما في ذلك، وأما على بقية ثلثه فيبدأ على كل حال باتفاق؛ لأنها وصية لمال وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت: فلو أوصى لهذا العبد بثلث ماله، وأوصى لقوم بوصايا، فقال: العبد الموصى له بثلث الميت مبدًّأً على جميع الوصايا لا العتق.

قال محمد بن رشد: في سماع أبي زيد خلاف هذا إنهما يتحاصان، فإن كانت الوصايا الثلث بينهما بنصفين، فما صار للعبد منه عتق فيه. هذا معنى قوله: فقوله في هذه الرواية: إن العبد الموصى له بالثلث يبدأُ به على جميع الوصايا، هو على قياس رواية ابن وهب عن مالك، في أن العبد الموصى له بثلث المال، يقوم فيه، لا فيما سواه من ماله؛ لأن وجه هذا القول أن الميت لما أوصى له بثلث ماله فكأنه قصد إلى حريته، فوجب أن يبدَّأَ على مسألة الوصايا. وقوله في سماع أبي زيد: إنهما يتحاصان، هو على قياس قوله وروايته عن مالك في المدونة وفي رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم إنه يعتق ثلث نفسه، ويعتق باقيه في بقية الثلث، وفي مال، إن كان له مال سواه؛ لأن الوصية له بالثلث على هذا القول وصية بمال، إذْ لا يعتق شيء منه إلا على العبد، فوجب أَن يتحاصا. ويتخرج في المسألة على قياس قول ابن وهب في أَنه لا يعتق من

العبد إذا أوصى له بثلث المال إلاَّ ثلثه، ولا يقوم شيء منه في بقية الثلث، ولا في مال إن كان له أن يبدأ منه على الوصايا ثلثه الذي يعتق بوصية الميت، ويحاص أهل الوصايا ببقية الثلث بالثلث، حين ملك من رقبته شيئاً.

مسألة:

قال: ولو كان أوصى لعبده بربع رقبته، فكان للعبد مال، عتق منه قدرها بقي في يده من المال، مثل الموصى له بالثلث حين ملك من رقبته شيئاً.

قال محمد بن رشد: هذا بيِّنٌ على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك؛ لأنه إذا أعتق الربع الذي أوصى له به منه، عتق سائره عليه في ماله إن كان له مال، وعلى مذهب ابن وهب لا يقوم بقيته عليه في ماله؛ لأنه يرى العتق في ذلك بوصية الميت لا محل العبد وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: ولو كان أوصى لعبده بعتق ثلثه أو ربعه، أو جُزء منه لم يعتق منه إلا ما عتق، ولم يستتم عتقه بمال العبد، وإن كان له مال؛ لأنه لم يملك شيئاً من رقبته.

قال محمد بن رشد: هذا بيِّنٌ على ما قاله لا اختلاف فيه والحمد لله.

ومن كتاب الرهون

وقال في رجل أوصى لعبدٍ له بثلث ماله، قال: يجعل ذلك في رقبته، فإن حمله الثلث عتق وأعطى ما فضل من الثلث، إن كان فيه فضل من رقبته، وإن قصر عنه الثلث، عتق منه قدر ما وسع الثلث، وكان ما بقي رقيقاً للورثة، وإن أوصى العبد بدنانير مسماة، أو دابة من دوابه، إنه يعطاه العبد، ولا يعتق في ذلك؛ لأنه مالٌ مسمى لم يدخل ذلك في رقبة. قال سحنون: إنما هذا إذا أوصى له بدنانير، يكون أقل من ثلث ماله، فحينئذ يعطى العبد ولا يعتق فيها، فأما لو أوصى له بدنانير، تكون أكثر من ثلث ماله، لعتق فيها، وكان بمنزلة ما لو أوصى له بثلث ماله أو بجزء منه. وهذا معنى قول ابن القاسم: وهي مسألة جيدة. وقال أصبغ في مسألة الدنانير كقول سحنون سواء.

قال محمد بن رشد: قد تقدم الكلام في الرسم الذي قبل هذا وفي رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم في الذي يوصي لعبده بثلث ماله، فلا معنى لإعادة الكلام في ذلك. وأما قول سحنون وأصبغ إذا أوصى له بدنانير مسماة أو بداية من دوابه هي أكثر من الثلث: إنه يعتق في ذلك، بمنزلة ما لو أوصى له بثلث ماله أو بجزء

منه، فمعناه عندهما: إذا لم يجز ذلك الورثة وقطعوا له بالثلث في كل شيء إلا أنه قال: إنما ذلك لحرمة العتق، استحسان. والقياس أن يعطى من نفسه ثلثها ومن كل شيء ثلثه يريد: ولا يعتق منه إلا الثلث الذي أعطى من نفسه، والأمر عندي بعكس ذلك، بل القياس إذا أعتق عليه من نفسه ثلثها، أن يعتق عليه باقية في بقية الثلث، والاستحسان إنما هو ألا يعتق عليه إلاَّ الثلث الذي أعطى من رقبته، إنما هذا على أحد قولي مالك في أن الموصى له بشيء بعينيه. وهو أكثر من الثلث، إذا لم يجز ذلك الورثة، فقطعوا له بالثلث من كل شيء، وأما قوله الآخر: إن الثلث يجعل له في الشيء الذي أوصى له به. فلا يعتق منه شيء؛ لأن ذلك يكون على هذا القول بمنزلة إذا أجازوا له الوصية، لا يعتق منه شيء، وقد حمل ابن دحون قول سحنون في هذه الرواية على ظاهره، من أنه إذا كان العبد والدنانير التي أوصى له بها، أكثر من الثلث، يعتق فيها أجاز الورثة الوصية أو لم يجيزوها، فقال: لما أوصى بدنانير هي أكثر من ثلثه، دل على أنه أراد الثلث وزيادة، فكأنه أوصى بثلث ماله مبهماً، ألا ترى أن الورثة إن أبوا أن يجيزوا لزمهم إجازة الثلث؟ وهو بعيد، لا يصح بوجه؛ لأنهم إذا أجازوا لم يجب له في نفسه شيء، فلا يصح أن يعتق عليه منه شيء وبالله التوفيق.

مسألة:

قيل لسحنون: أرأيت لو أوصى لعبده بثلث ماله، وللعبد ولدٌ، هل يبدأ بعتق الأب في الثلث قبل الابن، أم يتحاصان جميعاً؟ فقال: بل يكون الأب أولى بالعتق في الثلث، فإن بقي من الثلث شيء دخل فيه الابن فعتق منه مبلغ الثلث.

قال محمد بن رشد: قول سحنون في هذه المسألة قياس ما تقدم من قول ابن القاسم في رسم أسلم قبل هذا في الذي يوصي لعبده بثلث ماله، ويوصى بوصايا، إن العبد الموصَى له بثلث الميت، يبدَّأ على أهل الوصايا. ويأتي فيها على قياس رواية أبي زيد، في أنه لا يبدأ على الوصايا، ويتحاصان ولا يبدأ الأب على الابن ولا الابن على الأب، فيعتق من الأب ثلثه؛ لأنه ملك بالوصية ثلث نفسه، ومن الابن ثلثه أيضاً لأنه ملك بالوصية أيضاً ثلثه؛ لأنه من مال الميت الذي أوصى له بثلثه، ثم يعتق من كل واحد منهما في بقية الثلث ما حمل منهما بالسوية، لا يبدأ فيه أحدهما على صاحبه، كمن أعتق شقصاً له في عبدين، وليس له من المال ما يحمل أن يقوما فيه عليه جميعاً، فيقوم منهما جميعاً ما حمله بالحصص، ولا يبدأُ أحدهما على صاحبه وبالله التوفيق.

ومن كتاب جاع فباع امرأته

وسألته عن الرجل يقول عند موته بيعوا غلامي هذا بثلاثين ديناراً وأعطوا فلاناً منها عشرة دنانير، فيبيع ذلك العبد بأدنى أو بأكثر، قال: إن بيع بثلاثين أو بأكثر، فله العشرة فقط، وإن بيع بدون ثلاثين وأكثر من عشرين، فإنما له ما زاد على عشرين ديناراً أو دينارين، أو ما زاد؛ لأنه إنما له ما بين العشرين إلى الثلاثين إن زاد شيئاً على عشرين، وإن بيع بعشرين أو بأدنى لم يكن له قليل ولا كثير؛ لأنه إنما أوصى له بعد إخراج عشرين، فلا شيء له.

قال محمد بن رشد: في سماع محمد بن خالد عن ابن القاسم: أنه إن بيع بأقل مما سمى كان للموصى له مما بيع به ما يقع العدد الذي أوصى له به مما سمى أن يباع به، فيكون له في هذه المسألة على هذا القول، إن بيع العبد بأقل من الثلاثين ثلث ما بيع به وإن بيع بأقل من عشرين، وقال أشهب في السماع المذكور: له ممَّا بيع به ما سمى له كاملاً، وإن بيع بأقل مما سمى له فجميع ذلك له.

قال محمد بن رشد: فحمل ابن القاسم في هذه الرواية أمر الموصي على أنه إنما سمى ما يباع به العبد احتياطاً على الورثة، مخافة أن يباع بأقل مما سمى فلا يبقى لهم من ثمنه القدر الذي أراده، فلم ير للموصى له أن يبيع بأقل من ثلاثين، إلا ما زاد على عشرين؛ لأنه على هذا التأويل، إنما أوصى له بعشرة، شرط أن يباع بثلاثين أو أكثر، فإن بيع بأقل، كان النقصان عليه لا على الورثة، وحمل أشهب في سماع محمد بن خالد، أمر الموصي، على أنه إنما سمى ما يباع به العبد أحياناً على الموصى له، لئلا ينقص مما أوصى له به إن بيع بأقل مما سمى وكأنه قال: أعطوا فلاناً من ثلثي من ثمن هذا العبد كذا وكذا وإن لم يبيعوه إلا بكذا وكذا، فلم يسر للورثة إلا ما زاد على ما أوصى له به، ولا يصح أن يحمل أمر الموصي على أحد الوجهين دون الآخر إلا بقرينة تدل على ذلك من بساطٍ تخرج عليه الوصية أو ما أشبه ذلك مما تبين به قصد الموصي من إرادة الرفق بورثته في ذلك أو بالموصى له، فإن لم يتبين من قصد الموصي أحد الوجهين دون الآخر، وجب أن يرجع ذلك إلى التحام على ما قاله ابن القاسم في سماع محمد بن خالد، فيحمل قول ابن القاسم في هذه الرواية على أنه تبين له من قصد الموصي ما خرج جوابه عليه، ويحمل قول أشهب على أنه تبين له من قصد الموصي ما خرج جوابه عليه، ويحمل قول ابن القاسم في سماع محمد بن خالد على

أنه لم يتبين له من قصد الموصي أحد الوجهين دون الآخر، فلا يكون بين الروايات على هذا الاختلاف إلا بسبب اختلاف المعاني عندهم وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال ابن القاسم: قال مالك في رجل أوصى في جارية له أن تخير فإن شاءت بيعت وإن شاءت أعتقت: إنه لا يجوزعتق أحد من الورثة فيما إلا برضاها حتى تختار أو تدَع.

قال محمد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة في رسم طلق من سماع ابن القاسم، ومضى الكلام عليها هناك فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يوصي فيقول: لفلان عشرة دنانير، ثم يقول: أنا أريد أن أُوصي غداً ولكن اشهدوا أن ما بقي من ثلثي فلفلان، فيموت قبل أن يوصي قال: لا شيء له.

قال محمد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة والقول فيها في رسم أوصى ومضت أيضاً في رسم بع ورسم أسلم. وتأتي في سماع محمد بن خالد وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن الرجل يموت عن مائة دينار، وعليه مائة دينار دين، وقد أوصى بوصايا عتق وغيره، ثم طرأ له مالٌ بعد موته.

قال: يقضي الدين من هذه المائة التي علم، وتسقط جميع الوصايا، إلا أن يكون مدبراً، فإنه يعتق فيما علم، وفيما لم يعلم، وإنما ينظر أبداً إلى ما عليه من الدين فإن أحاط الدين بالمال الذي علم، سقطت الوصايا، وكان المال الذي طرأ للورثة خالصاً.

قلت: وكذلك لو قتل عمداً كانت ديته مثل ما طرأ، لا تدخل فيه الوصايا. قال: نعم. الدية في العمد مثل مالٍ طرأ.

قال محمد بن رشد: لم يفرق ابن القاسم في هذه الرواية بين أن يكون المدبر في الصحة أو المرض، ومثله في رسم جاع من سماع عيسى من كتاب الديات، فظاهر ذلك أن المدبر في المرض، يدخل فيما لم يعلم به الميت من المال، وهو نص قوله في رواية عيسى عنه في المدنية خلاف قوله في المدونة إن المدبر في الصحة هو الذي يدخل فيما لم يعلم به الميت من المال، وقوله: فإنه يعتق فيما علم وفيما لم يعلم، يريد بعد إخراج الدين مما علم، وكذلك في رسم جاع من سماع عيسى من كتاب الديات، فعلى ما قاله في المسألة، من أنه مات عن مائة، وعليه دين مائة، لا يعتق المدبر كله إلا

في المال الطارىء، وإنما يعتق فيما علم وفيما لم يعلم، إذا بقي من المال الذي علم به بعد إخراج الدين بقية. مثال ذلك أن يترك مدبرا قيمته ثلاثون، وسبعين ديناراً وعليه دين ثمانون ديناراً، ويوصى بوصايا، ويطرأ له بعد موته عشرون ديناراً فتخرج الثمانون دينار التي عليه دينا من جملة التركة، وهي مائة، ويعتق المدبر في العشرين التي علم بها، وهي الباقية من التركة بعد الدين، وفي العشرين الطارئة، فيفضل من العشرين التي علم بها خمسة الدنانير تكون لأهل الوصايا، ويبطل مما سوى ذلك من الوصايا، وتكون الخمسة دنانير الباقية من العشرين الطارئة للورثة ولا يكون فيها لأهل الوصايا حق. وبالله التوفيق.

ومن كتاب النسمة

قال ابن القاسم في رجل أوصى لرجل باثني عشر ديناراً هي له عليه دين، وهو معدم، وأوصى لرجل آخر باثني عشر ديناراً عيناً تركها، ولا مال له غير ذلك، ولم يجز الورثة إلا الثلث، قال ابن القاسم: يخرج ثلث الاثني عشر العين، وهي أربعة، لأهل الوصايا، ويكون ثلثاها للورثة، ثم ينظر كم قيمة الاثني عشر الدين التي أوصى بها للذي هي عليه، فينظر كم قيمتها الساعة لو بيعت؟ فإن كانت قيمتها أربعة، ضرب الذي أوصى له بالاثني عشر التي عليه بأربعة؛ لأنها كأنها وصيته التي أوصى له بها وضرب الذي أوصي له بالاثني عشر العين، باثني عشر سهماً في هذه الأربعة التي هي ثلث عشر العين، فما صار للذي ضرب بالاثني عشر أخذه، وما صار للذي ضرب بالأربعة أخذ منه؛ لأنه من كان عليه دين فوجد له مال، أخذ منه، فيؤخذ منه فيوقف ويطرح عنه مثله من الذين عليه، ثم يرجع إلى ثلث الاثني عشر الديون، فيعاد فيها بالضرب كما صنع في الأولى سواء، يضرب الذي هي عليه بأربعة، ويضرب الذي أوصى له بالاثني عشر العين، باثني عشر سهماً، يضربون بذلك في ثلثهما وثلثاها للورثة، فثلثها أربعة، فيصير لصاحب الاثني عشر ثلاثة، ولصاحب الأربعة واحد، فما صار له من المحاصة طرح عنه من الدين الذي هو عليه، وهو دينار صار له، فيطرح دينار من الاثني عشر التي عليه، ويطرح آخر مكان الدينار الذي صار له في العين في المحاصة، فأخذ منه، فيبقى عليه عشرة، ثم يرجع الورثة والذي أوصى له بالعين النقد، إلى هذا الدينار الذي وقف فتحاصون فيه، يضرب الورثة فيه بقدر مواريثهم، وهو ثمانية أسهم، ويضرب الموصى له بالنقد بثلاثة أسهم، وهو الذي يصير في المحاصة، ولا يضرب الموصى له

بالدين الذي عليه معهم فيه بشيء؛ لأنه قد ضرب مرة، وحرص وإنما هذا شيء صار له في المحاصة، فأخذ منه في الدين الذي عليه، ثم ما اقتضى من العشرة الدين التي تبقى عليه فعلوا فيها مثل ذلك سواء، يضرب بما بقي لهم الورثة من الدين والذي أوصى له بالنقد بما بقي له على ذلك، يقتسمون ما اقتضوا من شيء، فعلى ذلك يقسم، ولا يدخل الذي عليه الدين معهم في شيء من ذلك.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة صحيحة إذا تدبرت، وقد لحظها ابن أبي زيد في النوادر وقربها، فقال: يتحاصان في ثلث العين والدين، فإن كانت قيمة الاثني عشر الدين أربعة حاصَّ بأربعةٍ، والآخر باثني عشر، فلهذا ربع الثلث، ولهذا ثلاثة أرباعه، فيزول عنه ديناران، ويبقى عليه عشرة، فدينار سقط مما عليه، ودينار نابه من العين، أخذ منه، فيتحاص في هذا الدينار، الورثة والموصى له بالعين، على أحد عشر جزءاً فلهذا ثلاثة، ولهم ثمانية، فعلى هذا يعمل لكل ما يقتضي من الآخر، ومذهب ابن كنانة أنه يحاص في الدين بالتسمية لا بالقيمة الذي أوصى بذلك لغير الغريم، أو أوصى به الغريم وهو عديم، كمن اشترى شقصاً بثمن غالٍ، فإنما يأخذه الشفيع بجميع الثمن، ومذهب ابن القاسم أنه يحاص بقيمة الدين شائعاً في جميع مال الميت، وإن لم يكن عليه دين، إذا كان معدماً وفي المجموعة لابن القاسم: إن الدين الموصى به يقوَّم، ومن كان على مليء، فيتخرج في المسألة ثلاثة أقوال: أحدها: إنه ينظر إلى قيمة الخمسين التي أوصى له بها، وهي عليه، فإن حملها الثلث نفذت له الوصية، وإن لم يحملها كان الورثة بالخيار، بين أن يخيروا له الوصية، وبين أن يقطعوا له بالثلث كاملاً شائعاً في جميع مال الميت، كان ملياً أو معدماً وهو قول ابن كنانة، وقد حكاه ابن المواز عن مالك وأصحابه. والثاني: إن للورثة أن يقطعوا له بالثلاثين التي هي الثلث في الخمسين التي عليه، ولا يقوم، ملياً كان أو معدماً، وهو ظاهر قوله في هذه الرواية. والثالث: الفرق في ذلك بين أن يكون ملياً أو معدماً. ولو كان الدين مؤجلاً لم يُختلف وجوب تقويمه، ولا في أنه ليس للورثة أن يقطعوا له بالثلث في عدده، بمنزلة إذا كان عليه دين وبالله التوفيق.

ومن كتاب الرهون

مسألة:

قال: وقال ابن القاسم في رجل توفي وأوصى بعتق عبد له قيمته اثنا عشر ديناراً،

وأوصى لامرأته باثني عشر ديناراً ديناً له عليها ولا مال له غير ذلك، وامرأته معدمة، وترك ابنه وامرأته. قال ابن القاسم: يعتق من العبد ثلثه قبل كل شيء؛ لأن العتق يبدأُ على ما كان معه من الوصايا، ويبقى ثلثاه، وهي ثمانية أسهم، فللمرأة من ذلك الثمن وهو واحد، فيؤخذ هذا الواحد منها فيما عليها من الدين، فيعتق من العبد أيضاً ثلث هذا السهم، ويبقى ثلثاها لسهم ميراثاً بين المرأة والابن، فللمرأة من ذلك الثمن، ثمن ثلثي ذلك السهم، وللابن ما بقي، ويؤخذ أيضاً من المرأة ثمن ثلثي السهم الذي صار لها من ثمنها فيما عليها من الدين، فيتحاصون فيه، العبد والوارث بقدر حقوقهما التي بقيت لهما على المرأة، وينقطع حقّ المرأة منه ها هنا؛ لأنها قد أخذت ثمنها مرة، وإنما هذا شيء أخذ منها فيما عليها من الدين.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة دقيقة، من أجل أن الدين الذي على المرأة لها منه ثمنه بالميراث، وما يجب لها من ثلثي العبد إذا أعتق ثلثه، وهو ثمنه نصف سدس جميعه على ما ذكر من أن قيمته اثني عشر، تؤخذ منها في الدين، فيعتق ثلثه، ويكون لها من ثلثه الثمن بالميراث، فيؤخذ منها ذلك الثمن، فيكون بين العبد والابن على قدر ما بقي لهما من حقوقهما على المرأة، والذي بقي للعبد على المرأة من حقه ثلث وسبعة أثمان، وثلثا ثمن. والذي بقي للابن عليها ستة وثلث ثمن، وذلك أن العبد يقول: وجب لي أن يعتق مني الثلثان بثمانية؛ لأن جملة المال أربعة وعشرون، ولم يعتق مني السدسان، وربع السدس بأربعة، وثلث الثمن، فيبقى لي من حقي ثلثه وسبعة أثمان وثلثا ثمن، والابن يقول: وجب لي أربعة عشر؛ لأن جميع المال أربعة وعشرون، يعتق منه ثلثا العبد بثمانية، يبقى ستة عشر، يجب للزوجة منها اثنان، ولي أربعة عشر، يبدأ منها فيما بقي لي من العبد سبعة، وسبعة أثمان وثلث ثمن، فيبقى لي من حقي ستة وثلث ثمن، فعلى هذه التجربة يقتسم العبد والابن ذلك الثمن، فما ناب العبد منه عتق زائداً إلى ما كان أعتق منه، وما ناب الابن منه بقي له رقيقاً، وكذلك يقتسمان على هذه التجربة كلما أفادت المرأة من مال، فما ناب العبد من ذلك عتق منه على الابن بقدره، حتى يستوفيا حقوقهما، فيكون قد عتق من العبد ثلثاه، وبقي للابن ثلثه، وصار إليه مما على الزوجة عشرة دنانير، وبقي لها مما عليها ديناران، وهما الواجبان لها، وإنما قال: إنه يعتق من العبد ثلثه معجلاً، من أجل أن المرأة عديمة لا يرجى لها مال، ولو كان يرجى لها مال، لوجب أن يوقف، ولا يعجل عتق شيء منه حتى يستوفى الدين منها، فيعتق منه ثلث الجميع على ما قاله في المدونة في الذي يوصي بعتق عبد، وله مال

حاضر، ومال غائب، إنه يوقف ولا يعتق منه شيء حتى يستوفى المال الغائب، إلا أن يطول الأمر، فيدخل في ذلك ضرر على الموصى والموصى له، وعلى ما يأتي أيضاً في رسم الجواب بعد هذا، وفي العشرة لابن القاسم وأشهب، يرى أنه يعتق منه كما حمل المال الحاضر، مُعجلاً ولا ينتظر المال الغائب، وإن قرب أمره، فكلما حضر منه شيء زيد في عتقه بقدر ثلثه. والقول بالتوفيق حتى يجتمع المال أقْيسُ؛ لأنه إذا أعتق ثلثه ومبلغ ثلث المال الحاضر، فقد أخذ أكثر من ثلثه؛ لأنه أخذ ثلث المال الحاضر، وصار باقي العبد موقفاً على الورثة. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم في رجل توفي وأوصى لرجل بخمسين ديناراً له عليه، وترك مالاً ناضًّا، والثلث ثلاثون، فقال الورثة: نحن نقطع له بالثلث فيما عليه من الدين. قال ابن القاسم: ذلك لهم، إلا أن يكون على الموصى له دين، فإن كان عليه دين، خير الورثة بيْن أن يجيزوا ما أوصى له به، فإن فعلوا فليس للموصى له إلا ذلك، وإن أبوْا قطعوا له بالثلث، ممَّا عليه، وثلث الناض؛ لأن الغرماء يدخلون فيه يحاصُّونه، ويدخل معهم الورثة فيما بقي لهم عليه.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم في هذه المسألة: إن للورثة أن يعطوا للموصى له بالخمسين، التي عليه بالثلاثين، التي عن الثلث، إلا أن يكون عليه دين، ظاهره وإن كان معدماً بالخمسين إذا لم يكن عليه دين، وذلك معارض لقوله في أول مسألة من الرسم في الذي أوصى لرجل باثني عشر ديناراً له عليه، وهو معدم: إنه يحاص بقيمته لا بعدده، وعلى خلاف أصله فيها؛ لأنه حكم فيها للديْن على المعدم، بحكم العرض، فالذي يأتي على قياس قوله هذا في هذه المسألة أن يكون الورثة بالخيار، بين أن يجيزوا له الوصية بالخمسين ويقطعوا له بالثلث.

مسألة:

وعن رجل أوصى بعتق غلام لولدٍ له صغار، إنه إن كان له مال جاز عتقه عنه بالقيمة في ثلثه، وأعطى ولده القيمة، فإن لم يكن له مال، لم يجُز عتقه. قال ابن القاسم: وإنه إن سمى له ثمنا يشتري به من ولده، لم يجز من ذلك إلاَّ القيمة أيضاً، ولم يكن ينظر إلى ما سمى.

قال محمد بن رشد: مثل هذا في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الصدقات والهبات، إن الوالد إذا أوصى بعتاقة عبد ابنه الصغير، أو بتَّل عتقه جاز ذلك

على الابن، إذا كان للأب مال، وأعطى الولد قيمة عبده، ولا أحفظه في هذا اختلافاً من قول ابن القاسم؛ لأن الوصية بعتق عبد ابنه الصغير كعتقه سواء، إن حمله الثلث جاز، وكانت له قيمته في مال الأب، وكذلك ما حمل الثلث منه، وإن لم يحمل جميعه. وقوله: إنه إن سمى له ثمناً يشترى له به من ولده لم يجز من ذلك إلا القيمة أيضاً صحيح بيان؛ لأنه إذا سمى أكثر من قيمته كان الزائد على قيمته وصية له، والوصية للوارث لا تجوز، وإن سمى أقل من قيمته، لم يكن ذلك له، إذ ليس للأب أن يأخذ مال ابنه الصغير. وقد مضى في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات حكم صنيع الأب في مال ابنه الصغير من عتق أو هبة أو صدقة أو تزويج مستوفىً فلا معنى لِإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن الرجل تَحضرهُ الوفاة فيقول للرجل: خذ من عبدي فلاناً مائة دينار، ثم هو حرّ، أتُنَجَّم عليه؟ قال: لا أرى أن تُنجَّم عليه، ولكن تؤخذ منه جميعاً، إلا أن يكون أَمر أن تُنجَّم عليه.

قال محمد بن رشد: قال في هذه الرواية: إذا قال خذوا من عبدي كذا وكذا وهو حرّ، إنها لا تنجم عليه وفي العتق الثاني من المدونة إذا قال لأمته: أدِّي إلى ورثتي ألف دينار وأنت حرة، إنها تنجَّم عليها، كما تنجم الكتابة، فقيل: إن ذلك اختلاف من القول، وقيل: إنه فرق بين اللفظين وهو الأولى من التأويلين، وإنما ينفذ ذلك من وصيته إذا حمل العبد الثلث، فإن لم يحمله الثلث، فالورثة مخيرون، بين أن يجيزوا له الوصية، أو يعتقوا منه ما حمل الثلث بتْلاً ويقر ماله بيده، ولم يتكلم في الرواية هل يلزم العبد ذلك ويجبر عليه إن أباه أم لا؟ ويتخرج ذلك على الاختلاف في هل للسيد أن يجبر عبده على الكتابة أم لا؟ والقولان قائمان من المدونة ولو أوصى أن يُؤخذ مالُ عبده ويعتق، لزمه ذلك إن حمله الثلث دون ماله. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله يدير ماله

قال: ومن قال: أعتقوا عبدي في ثلثي أو ما حمل الثلث منهما، فذلك كله سواء، يسهم بينهما، فيبدأ من خرج سهمه. قال محمد بن رشد: هذا بيِّن على ما قاله: إنه إذا أوصى بعتق عبده فلا فرق بين أن يقول أو ما حمل الثلث منهما، أو يسكت عن ذلك؛ لأنه المعلوم من قصده وإرادته، إذ ليس له سواه لو قال: أعتقوهما، حملهما الثلث، أو

لم يحملهما لم ينفذ له ذلك له على الورثة، إلا أن يشاؤوا فإذا لم يحملهما الثلث، فإنه يعتق منهما ما حمله الثلث بالقرعة، كان أحدهما كاملاً أو أحدهما وبعض الآخر أو بعض أحدهما. وابن كنانة يقول: إنما يسهم بينهما إذا لم يقل أو ما حمل الثلث منهما، وأما إذا قال: أعتقوهما في ثلثي أو ما حمل الثلث منهما، فقد أراد بقوله: أو ما حمل الثلث منهما لا يحيطهما جميعاً العتق فهما يتحاصان في ثلث ماله. ولقوله وجه. وقول ابن القاسم أظهر.

ومن كتاب الجواب

وسألته عن رجل يموت عن الزرع حين ينبت، وقد أوصى بوصايا، وضاق الثلث عنها، هل لأهل الوصايا في الزرع شيء؟ وكيف إن كان لهم في الزرع شيء؟ هل يوقف الرقيق إلى استحصاد الزرع؟ قال ابن القاسم: نعم، وصاياهم في الزرع، وفي كل ما ترك الميت من ثمرة صغيرة أو زرع صغير، فإن كانت الوصايا، إنما هي وصايا مال لم يوقف الرقيق ويبعث، وكان لأهل الوصايا ثلث ما نصَّ، واستُوفي بالزرع حتى يصلح، فيباع، فيكون لهم ثلثه، وإن كان في الوصايا عتق، أو أوصى ببعض الرقيق لأحد لم يبع الدين أوصى فيهم، ووقفوا حتى يحل بيع الزرع، فيباع، ولم يقسم شيء من المال، لا ثلث ولا غيره، حتى يُستحصد الزرع فيباع، إلا أن يخير الورثة الوصايا بذلك، فيقتسمون بقية المال، ويوقفون الزرع حتى يحل بيعه، فيبيعونه، وإن أوصى بعتق الرقيق كلهم لم يعتق منهم أحد حتى يحل بيع الزرع ويباع ويعتق منهم ما حمل الثلث، ويرق ما بقي فيباع. وفي سماع أصبغ من كتاب الوصايا عن ابن القاسم مثله. وقاله أصبغ، إلا أن يطول أمر الزرع، ويكون ذلك في أول بذره، وازدراعه، ويتأخر حصاده وبلوغه الأشهر الكثيرة، وفي ذلك عطب الحيوان، والضرر على العبيد، فأرى أن يترك الزرع كالمال الغائب الذي لا يجمع بفور ذلك، فأرى أن يعتق منه ما حمل الثلث معجلاً.

قال محمد بن رشد: قوله: إن الوصايا في الزرع في كل ما ترك الميت من ثمرة صغيرة أو زرع صغير وإن الوصايا إن كانت وصايا ما لم يوقف الرقيق وبيعت، وكان لأهل الوصايا ثلث ما نصَّ واستُوفيَ بالزرع حتى يصلح، فيباع، فيكون لهم ثلثه، بيِّن لا إشكال فيه، وأما قوله: وإن كان في الوصايا عتق، وأوصى ببعض الرقيق لأحد، لم يبع الذين أوصى فيهم، ووقفوا حتى يحل بيع الزرع، فيباع، فمعناه في الذي أوصى ببعض الرقيق لأحد، إذا دعاه الذي أوصى له بهم إلى توقيفهم حتى يصلح الزرع فيباع. وأما

إن دعا إلى بيعهم وأخذ ما حمل ثلث المال الحاضر منهم، فلا اختلاف في أن ذلك له، بخلاف الوصية بعتق الرقيق فقال في هذه الرواية: إنهم يوقفون حتى يحل بيع الزرع، ولا اختلاف في ذلك عندي، وإن دعا العبيد إلى أن يعتق منهم ما حمل الحاضر، ويوقف الباقي إلى أن يحضر يرضي بذلك الورثة من أجل الغرر في تكرير القرعة فيهم مرة بعد أُخرى، وإن كان عبداً واحداً فمذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة أنه يوقف ولا يعتق منه شيء حتى يحضر المال الغائب، قال ابن القاسم: وإن دعا العبد إلى أن يعتق منه ما حمل الثلث منه من المال الحاضر مخافة أن يتلف، فإن جاء المال الغائب استتم عتقه فيه. أو زيد في عتقه بمقدار ما بلغ ثلثه، لم يكن ذلك له، يريد: إلا برضى الورثة؛ لأن الميت يكون إذا فعل ذلك، قد أخذ أكثر من ثلث المال الحاضر؛ لأنه يعتق ثلثه فيه، ويُوقف باقيه، وأشهب يرى أن يعتق منه مبلغ الحاضر، يوقف باقي العبد، فكلما حضر شيء من الغائب زيد في عتقه، ولو لم يكن إلا العبد وحده عتق ثلثه ووقف باقيه. وقول ابن القاسم أظهر؛ لأن الحُجَّةَ في ذلك للورثة بيّنة. وقول أصبغ: إلا أَن يكون ذلك في أول ازْدراع الزرع، فيطول الأمر، ويخاف في ذلك الضرر على العبيد بعطب الحيوان وما أشبه ذلك، مفسِّر لقول ابن القاسم، إذ هو نص قوله في المدونة: إلا أن يكون في ذلك ضرر على الموصي والموصى له. ومثله أيضاً في التفسير لابن القاسم إنه إن كانت الديون بعيدة الآجال، والمال الغائب في بلد بعيد، لا يصل إلا بعد طول زمان، فإنه يعتق منه ثلث ما فضل، فإذا جاء المال الغائب، أو حلّ أجل المؤجل فاقتضى، أعتق منه مبلغ ثلث جميع ذلك. وقد وقع في رسم جاع فباع امرأته من سماع عيسى من كتاب المدبر، إن الدين إذا كان إلى الأجل البعيد؟ العشرة الأعوام ونحوها، إنه يباع بعرض إن كان عيناً، أو بعين إن كان عرضاً ويعتق المدبر في ثلثه أوْ ما حمل الثلث منه. وسيأتي الكلام عليه إن شاء الله عزْ وجل.

مسألة:

وسألته عن الرجل يعتق عند الموت، أو يكون له مدبَّرون، فيموت، فيقول الورثة: قوموا علينا ما ترك الميت من عقار أو غير ذلك، ولا تبيعوا علينا، ويقول المدبرون وأهل الوصايا: بل نبيع، كان البيع أزيدُ لنا في الثلث من القيمة. قال ابن القاسم: ذلك للمدبَّر وأهل الوصايا يباع لهم إذا طلبوا البيع وسخطوا القيمة. وإن دعا الورثة إلى البيع وكرهُوا القيمة، فذلك لهم الذي لا شك فيه ولا كلام فيمن دعا إلى البيع فهو أولى، أصحاب الثلث كانوا أو الورثة. وأما الورثة فيما بينهم إذا ورثوا ميراثاً ثم طلب بعضهم

البيع، وكره بعضهم، فإنهم إن كان فيما ورثوا ما ينقسم، قسم بينهم، وما كان مما لا ينقسم، بيع لمن طلب ذلك منهم، إلا أن يقاومه صاحبه، أو يأخذه بما يعطى به بمنزلة الشريك بالاشتراء سواء، ومن كتاب الوصايا من رواية أصبغ مثله عن ابن القاسم. وقاله أصبغ في التقويم يأبان المدبر وأهل الوصايا. قال: لا أرى ذلك، إذا أقاموا ذلك قيمة عدل على قيمة الاشتراء والبيع، فهو إنصاف، وليس على الموصي أن تبيع لهم الأسواق، ولا على الورثة الزيادة الخاصة، وأنهم يعرضون عرضاً لا ينفذ ولا يتمم، فالقيمة في جميع ذلك عدل لهم.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول فيها في رسم الوصايا من سماع أشهب، وبينا أنه يتحصل فيها خمسة أقوال، فلا معنى لإعادة ذلك، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن الرجل يكون له مدبرون، ويعتق عند الموت، ويقول في جنان له أو في شيء من ماله لورثته: امضوا هذا لابني فلان، أو لابنتي فلانة، وهما وارثان فيفعلون، والثلث يضيق عن العتق والوصايا، من أين يكون الجنان، والذي سمى للوارث، أمن سهام الذين أمضوا أم من رأس المال أم من الثلث؟ قال ابن القاسم: إن كانت الجنان، والذي سوى شيء زعم أنه لابنه عنده أو في يديه، أو ديناً لهما عليه بدى به، وخرج من رأس المال، ثم كانت الوصايا في ثلث ما بقي بعده، ثم رد ذلك، بين الورثة جميعاً ميراثاً للتهمة في الوصية لوارث، إلا أن يجيزه له الورثة، أو يكونوا صغاراً أو سفهاء غير جائزي الأمر، أو مثل الزوجات والبنات، ومن هو تحت يده وفي ولايته، فإن ذلكَ لا يجوز، وإن كانوا كباراً مالكين أنفسهم، فأجازوه في حياة الميت، فلا مرجوع لهم في إذا كانوا مالكين لأنفسهم باثنين عنه والدِّين إذا أقرّ به في مرضه، فهو من رأس المال قبل كل شيء، كان لوارث أو لغير وارث؛ لأنه إنما أراد أن تكون الوصايا في ثلث ما بعده، وإن كان إنما هي وصية أوصى له بها في مسألتك، فهو من الثلث، والعتق مبدًّأ عليه وعلى غيره من الوصايا، ثم يتحاصُّ هو وأهل الوصايا في بقية الثلث بعد العتق، فإن كان الورثة قد أجازوا ذلك كله وأمضوه في حياة الموصي، كان عليهم تمامه من مواريثهم، كما أجازوا، وأسلم له كله إذا كانوا مالكين لأمورهم، ولم يكن الذين أجازوا بحال ما وصفت لك من الزوجات والبنات، ومن هو في ولايته وتحت يده، وإن لم يكونوا أجازوا ذلك له ولا أمضوه في حياة الموصي ولا بعد ذلك فما صار للوارث الموصى له في المحاصة من الثلث، فهو مردود عليهم على الفرائض، إلا أن يشاؤوا أن

يسلموا ذلك له، ومن شاء منهم أجازه، ومن شاء لم يجزه ورواها أصبغ.

قال محمد بن رشد: سأله عن الذي يكون له مدبرون، ويعتق عند الموت، يريد على سبيل الوصية، ويقول في جنان أو في شيء من ماله لورثته: امضوا هذا لابني، فيفعلون، يريد في حياته، بأن يقولوا له: قد أمضيناه له، بدليل قوله: إنه لا يلزمهم إمضاء ذلك إن كانوا صغاراً أو سفهاء، أو مثل الزوجات والبنات اللاتي لم يَبِنِّ عنه، إذ لو أمضوا ذلك له بعد موته، للزمهم إذا كانوا مالكين لأمرهم، وإن كانوا بناته وزوجاته لم يبينوا عنه، فقال: إنه إن كان قال في الجنان وما أشبهه أن يمضوه لابنه على سبيل الإقرار له به، إنه حقه، أخرج ذلك من رأس المال، وكانت الوصايا والعتق في ثلث ما بقي بعده، ولم يتكلم على المدبرين، والحكم فيهم إن كانوا مدبرين في الصحة أن يخرجوا من رأس المال قبل الجنان والذي أوصى به في مرضه على سبيل الإقرار له به أنه حقه، إذ ليس له أن يرجع على المدبر، وكذلك روى عن ابن القاسم فيمن مرض وله مدبر في الصحة، فقال في مرضه: قد كنت أعتقت عبدي فلانا في صحتي لعبدٍ له آخر إنه يعتق المدبر في ثمن العبد وغيره، ولا يضر المدبر ما ذكر من عتق العبد في الصحة قال: وليس المدبر هنا بمنزلة الوصايا التي تكون في ثلث ما بقي بعد الغلام؛ لأنه يتهم على المدبر في انتقاصه، فلا يقبل قوله.

فكذلك، كل من يقدر يرجع فيه فهو مثل المدبر.

قال محمد بن رشد: والذي هو مثل المدبر في الصحة إنه لا يجوز له أن يرجع فيه المدبر في المرض باتفاق، والمبتَّل في المرض على اختلاف، إذ قد نص في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم، من كتاب الحبس، إن للرجل أن يرجع في مرضه عما حبسه في مرضه. وقد مضى الكلام على ذلك هنا لك. وقوله في الرواية، وإن كان إنما هي وصية أوصى له بها في مسألتك إلى آخر قوله، إشارة منه إلى قوله في الجنان وما أشبهه من ماله أعطوه لابني إنه إن كان قال ذلك على سبيل الوصية " كان الحكم فيه ما ذكره من أنه يتناص هو وأهل الوصايا في بقية الثلث بعد العتق، وأما قوله: فإن كان الورثة قد أجازوا ذلك كله وأمضوه في حياة الموصي، كان عليهم تمامه من مواريثهم كما أجازوا، وأسلم له كله. فمعنى ذلك عندي، إذا كان قد أعلمهم بالوصايا، فقال لهم: إني قد أوصيت بكذا وكذا، وأوصيت بالجنان لابني، فامضوا له، فقالوا له: قد أَمضيناه له، وهم على تلك الحال من ملكهم لأمر أنفسهم، والبينونة بها، وأما إن لم يعلمهم بالوصايا، وإنما سألهم أن يمضوا الجنان لابنه على سبيل العطية والوصية،

ففعلوا فليس عليهم ضمان ما انتقصه لمثل الوصايا ؛ لأن ذلك كالاستحقاق لبعض ما أوصى له به، فلا يلزم الورثة ضمانه على ما قاله في كتاب الزكاة الثاني من المدونة في الذي يوصي بزكاة زرعه وهو أخضر إن للمصدق أن يأخذ منه الزكاة إن كان فيه ما تجب فيه الزكاة ولا يكون للمساكين الرجوع على الورثة بما أخذه المصدق؛ لأن ذلك كالاستحقاق لبعض ما أوصى لهم. وبالله التوفيق.

ومن كتاب إن أمكنتني

وسألت ابن القاسم عن الذي يُوصي للرجل بعشرة، ولآخر بعشرة، ويوصي بعتق عبدٍ له آخر، أو يوصي بالعبد لرجل، ويوصي لرجلٍ ببقية الثلث، فيموت العبد قبل أن يعرف ثلث الميت، قال: يُنظر كم ثلث الميت بقيمة العيد؟ فإن كان ثلثه مثل قيمة العبد، والعشرون وصية للرجلين هو الثلث، لم تزد ولم تنقص، أخذ الرجلان وصيتهما العشرين، ولم يكن للذي أوصى له ببقية الثلث شيء، وإن فضل من الثلث شيء بعد قيمة الغلام الهالك، وبعد العشرين، كان للذي أوصى له، ولم يكن ثلثه إلا قيمة العبد سواء رجع صاحبا العشرين إلى ثلث المال الذي بقي بعد قيمة العبد فأخذا منه وصيتهما إن حملها الثلث، أو ما حمل منها، وكان العبد كشيء لم يكن له في مال، ولم يكن للذي أوصى له ببقية الثلث شيء، فعلى هذا فقسْ ما يرد عليك من هذا الوجه، فليست تنظر في قيمة العبد الهالك للذي أوصى له ببقية الثلث، ليعلم بذلك مبلغ وصيته، كان وصيته إنما كانت بعد العبد، ولو لم يوص ببقية الثلث لكان العبد ملغى من جميع المال، وردت الوصايا في ثلث المال.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة المعنى على ما تقدم في رسم أسلم وغيره، فلا اختلاف فيها. وقد قال مالك في كتاب ابن المواز في وجه العمل فيها: أن يأخذ أهل التسمية ما سمى لهم من ثلث ما بقي بعد العبد، كأنه لم يكن، ثم يحمي العبد الميت بالذكر، فتضم قيمته إلى ما ترك الميت، ثم يخرج من ثلث الجميع العبد والوصايا، فإن بقي بعد ذلك من الثلث شيء، كان لصاحبه باقي الثلث، وإلا فلا شيء له، وهو صحيح على ما قاله ابن القاسم في الرواية. وبالله التوفيق.

ومن كتاب القطعان

وسئل ابن القاسم عن رجل أوصى في أمة له أن تباع إن أحبت البيع، أو تعتق إن أحبت العتق، فاختارت البيع فبيعت ثم رُدت، فقالت: أنا أُحب أن أعتق الآن. فقال:

ليس ذلك لها، وإنما لها أن تعتق ما لم تبع. وقال ابن وهب: ذلك لها ينفذ.

قال أبو زيد: قلت لابن القاسم: فإن أرادت البيع، هل يوضع لمن أحبت أن يشتريها شيء من ثمنها إذا أرادت البيع؟ قال لا: ولا درهم واحد.

قال محمد بن رشد: قوله: ثم ردت، معناه: ردت بعيب، فجواب ابن القاسم: إن الرد بالعَيب ابتداء بيع، وجواب ابن وهب على أنه نقض بيع، وهو أصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم وأشهبُ فالمشهور من قول ابن القاسم في المدونة وغيرها أنه ابتداء بيع. وقد روي عنه أنه نقض بيع، فجوابه في هذه المسألة على المشهور عنه من أنه ابتداء بيع، وقد اختلف في ذلك قول أشهب، فجواب ابن وهب في هذه المسألة على المشهور من قول أَشهب، وأحد قولي ابن القاسم، من أنه نقض بيع، ولو بدا لها قبل البيع فاختارت العتق، لكان ذلك عندهما جميعاً بدليل هذه الرواية، وهو نص قول ابن القاسم في أول سماع سحنون، وفي أول سماع أصبغ أيضاً وزاد فيه، وأرى ألا يعجل بيعها حتى يردد عليها مرة بعد مرة، فإن أبتْ بيعت، وإن قبلت بعد أن كرهت، فذلك لها، ما لم يمض فيها حكم بيع أو قسمة بعد أن ردد الأمر عليها ولم تقبل، ورضيت بالبيع فبيعت أو قسمت، وأما قوله في الرواية: إنه لا يوضع لمن أحب أن يشتريها شيء من ثمنها، فهو صحيح لا اختلاف فيه، إذ لم يوص أن تباع من رجل بعينه، فيكون ذلك وصية له، ولا ممن أحبت، فتكون وصية لمن أحبت أن تباع منه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل ابن القاسم عن رجل أوصى عند موته فكلم في رجل، فقال: قد أوصيت له، أو قال: قد كنت أوصيت له كذا وكذا. هل يثبت ذلك له، وإن لم يقل: فأعطوه؟ قال نعم؛ لأنها وصية.

قال محمد بن رشد: أما إذا قال: قد أوصيت له فبيان أنها وصية وإن لم يقل أعطوه؛ لأنه لو قال ذلك ابتداء من غير أن يكلم فيه، لكانت وصية، وإن لم يقل أعطوه؛ لأنه مفهوم من قوله، وإن لم يلفظ به، وأما إذا قال: كنت أوصيت له بكذا وكذا، فإنما رآها وصية له، لما دل عليه من تكليمهم إياه فيه؛ لأن المعنى فيه، إني قد كنت أوصيت له قبل أن تكلموني فيه، لاهتمامي بأمره، ولو قال ابتداءً: قد كنت أوصيت لفلان بكذا وكذا لما كانت وصية له؛ لأن المفهوم من قوله ذلك ابتداء: قد كنت فعلته، وأنا اليوم لا أفعله. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله باع شاة واستثنى جلدها

وسألت ابن القاسم عن الرجل يقول اشتروا عبد فلان، بستين ديناراً، فأعتقوه وأعطوا العبد عشرين ديناراً، فلا يريد سيده أن يبعه بأدنى من ثمانين، فيقول العبد: اجعلوا العشرين التي أوصى لي بها سيدي في ثمني واشتروني وأعتقوني، قال ابن القاسم: لا يعجبني ذلك أن يزاد العشرين؛ لأن سيده لم يرد أن يكون في ثمنه، ولعله إنما أراد أن يكفيه ويعالج بها، ولا يكون عديماً يسأل الناس، ولكن لو أن العبد أداها من مال هو بيده، لم أر به بأساً قال: ولو وقع أمضيته، ولم أرده، ولم يكن للعبد حجة يرجع بها.

قال محمد بن رشد: هذا بيّن على ما له من أن ذلك لا ينبغي أن يفعل ابتداءً للعلة التي ذكرها مما يُخشى أن يكون السيد أراده، فإذا وقع ذلك ونفذ العتق، لم يصح أن يرد إذ لا يتحقق إرادة الموصي لذلك تحققاً يصرح أن يجعل ذلك كالشرط، ولعل للعبد المال الكثير، أو إنما يعيش من صنعةٍ له يحاولها بيده، ولو لم يقبل العبد العشرين، لوجب أن يرد إلى الورثة، ولم يكن ذلك مما يمنعه العتق، فكذلك إذا رضي أن يجعل في ثمنه، ففعل ذلك، ونفذ العتق له لم يصح رده. وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن الرجل يقول في وصيته: رقيقي أحرار فيبيعهم ويشتري غيرهم، فيموت، والوصية كما هي، أو يقول: عبدي حرّ، ولا يسميه وليس له إلا عبد واحد، فيبيعه ويشتري غيره، أو يقول: عبدي النوبي حرّ، فيبيعه ويشتري نوبياً آخر، أو يقول عبدي الصقلبي حرّ، فيبيعه ويشتري صقلبيا آخر، فيموت والوصية على حالها، هل يعتق من مات عنه في هذا كله؟ قال ابن القاسم: أما من قال: رقيقي أحرار فباعهم واشترى غيرهم، فإنهم يعتقون، ومن قال: عبدي النوبي أو الصقلبي، فباع في ذلك كله واشترى عبداً غيره أو اشترى عبداً نوبياً أو صقلبياً لم يعتق منهم أحد، وما يبين ذلك لك في الذي قال رقيقي أحرار إنهم يعتقون إذا باعهم واشترى غيرهم، أنه لو لم يبعهم واشترى غيرهم معهم عتقوا كلهم، وإن الذي قال عبدي النوبي أو عبدي الصقلبي، أو عبدي ثم اشترى عبداً غير عبده، أو نوبياً أو صقلبياً لم يعتق إلا أولئك الذين أراد وكذلك إذا باعهم فإنما العتق فيهم.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفىً في آخر رسم

الأقضية الثاني من سماع أشهب، فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الذي يهلك وله ثلاثة أعبد، يشهد شاهدان أنه أعتق اثنين منهم يعرفانهما في وصيته، فلم يحمل الثلث إلا واحداً قال ابن القاسم: يسهم بينهم، فمن خرج سهمه عتق إن حمله الثلث أو ما حمل الثلث منه. قلت: فلو قال أحد ورثته للعبد الثالث: قد أوصى أَبي بعتق هذا، ثم ملكه، قال ابن القاسم: يسهم على تسميتهم ثلاثتهم، فإن خرج سهمه نظر في الثلث، فإن كان الثلث يحمله عتق، أو ما حمل الثلث منه، وإن لم يخرج سهمه فليعتق له ويجبرعلى ذلك.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة على ما في المدونة وغيرها من قول ابن القاسم بروايته عن مالك في أن من أوصى بعتق رقيق له لا يحملهم الثلث، يقرع بينهم، فيعتق منهم ما حمل الثلث بالقرعة، وفي أنه إذا أقرّ أحد الورثة بأن الميت أوصى بعتق عبد له لا يعتق عليه حظه منه، من أجل الضرر الداخل في ذلك على سائر الورثة، إلا أن يملكه فيعتق كله عليه أن حمله الثلث، أو ما حمل منه، فإذا قال أحد الورثة في العبد الثالث: أن أباه قد أوصى بعتقه أيضاً لم يعتق عليه حظه منه. وأسهم بين العبدين اللذين شهد الشاهدان الوصية لهما بالعتق، فأعتق ما حمل الثلث منهما، فإن ملك الوارث بقية العبد الذي أقرّ أن أباه أوصى بعتقه أيضاً وجب أن يسهم عليهم ثلاثتهم، فإن خرج السهم عليه أعتق إن حمله الثلث، أو ما حمل الثلث منه؛ لأن هذا هو الذي كان يجب لهذا العبد لو ثبت ما أقرّ به الوارث من أنه أوصى بعتق الثلاثة الأعبد جميعاً. وقد قال عيسى بن دينار من رأيه في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب العتق: إنه يعتق عليه منه إذا ملكه ما كان يحمل الثلث منه مع الذي أعتق بالشهادة أو تحاصر فيه. وقول ابن القاسم هو الصحيح، ولو كان هو الوارث وحده، لكان هذا الحكم فيه يوم مات الميت، إذ لا يشركه فيه غيره، ولو كان الوارث مكذباً لشهادة الشاهدين، لوجب أن يعتق عليه العبد كله من حمله الثلث أو ما حمل منه إن كان وحده ولم يكن معه وارث غيره، أو إذا ملك جميعه من لم يكن وحده، وكان معه وارث غيره بعد أن يسهم بين العبدين، فيعتق منهما ما حمل الثلث بالشهادة على ما في رسم من سماع عيسى من كتاب العتق، وهو الصحيح في النظر، خلاف ما يأتي بعد هذا في رسم العتق. وقد قيل: إنه إذا أقرّ أحد الورثة بأن الميت أوصى بعتق عبد، يعتق عليه نصيبه منه إن حمله الثلث، أو ما حمل منه. وهو قول عبد العزيز بن أبي سلمي في أول سماع ابن القاسم

من كتاب الشهادات. وقيل أيضاً: إنه يعتق عليه نصيبه منه ويقوم عليه أيضاً أنصباً سائر الورثة.

وقد مضى ذكر هذا الاختلاف وتوجيه كل قول منه هناك وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألت ابن القاسم عن الرجل يوصي بعتق عبده وبوصايا فيوجد العبد الثلث بعينه، فيعتق، وتسقط الوصايا، ثم يستحق العبد، إما عبدا وإما حراً من أصله، فيأخذ الورثة ثمنه من بائعه أو لا يأخذوا له ثمن هل يرجع أهل الوصايا بوصاياهم على الورثة؟ قال ابن القاسم: أرى أن يرجع أهل الوصايا بوصاياهم في مال الميت، أخذ له ثمن ولم يؤخذ، وتكون وصاياهم في ثلث ما وصل إلى الورثة، وفي ثلث ثمن العبد، قبض أو لم يقبض. وقد قال ابن القاسم: لا شيء لأهل الوصايا في ثلث ثمن العبد، وهو كما طرأ لم يعلم به الميت.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها أول رسم أسلم من هذا السماع قبل هذا فلا معنى لِإعادته.

ومن كتاب العتق

وسئل ابن القاسم عن رجل قال عند موته: إن فلاناً وكلني بهذه الدار أحفظها وغلتها عليه، وإني كنت جحدته ذلك، فأسلموا إليه داره وغلته من سنة كذا وكذا. وأشهد على نفسه بهذا، ثم مات، أيكون ذلك من ثلثه؟ أم تسلم الدار ولم يكن له غيرها؟ قال: أرى أن ينظر في ذلك، فإن كان له ولد أسلمت إليه الدار، وإن كان لا ولد له، وإنما يورث كلالة، وكان الذي أقرّ له ممن يتهم عليه بصداقة أو قرابة لا يرث بها، لم أر أن يقبل قوله، وإن كان ممن لا يتهم عليه من الأباعد، رأيته أولى، وكان إقراره جائزاً، ويقبل قوله، كان عليه دين أو لم يكن، إذا كان الإقرار يلحقه.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة، أن الدار التي أقرّ بها في مرضه لفلان، لم يعرف أصل ملكها له، ولو كان أصلها معروفاً له، لما جاز إقراره بها لفلان في مرضه، وإن كان له ولد، على ما تقدم في آخر رسم الوصايا من سماع أشهب، ومضى الكلام على توجيهه. وقوله: فإن كان له ولد أسلمت الدار إليه، يريد: كان ممن يتهم عليه أو مما لا يتهم؛ لأن الولد يرفع التهمة عنه في ذلك، وذلك إذا لم يكن عليه دين، وأما إذا كان عليه دين يغترق ماله، فلا يجوز له الإقرار إذا كان قريباً أو صديقاً

مُلاطفاً وهو نص ما في كتاب الكفالة من المدونة وقوله: إذا ورث كلالة، إنه إن كان الذي أقرّ له من يتهم عليه بصداقة أو قرابة لا يرث بها لم أركن يقبل قوله، هو المشهور في المذهب. وقد قيل: إن ذلك يكون في الثلث، وهو قول ابن القاسم في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب العتق له ومثله في كتاب المكاتب من المدونة وإن كان ممن لا يتهم عليه من الأباعد، رأيته أولى، وكان إقراره جائزاً، يريد: بالدار، وهو صحيح بيّن إن لم يكن عليه دين، وأما إن كان عليه دين لا يفي به ما بقي من ماله بعد الدار، فلا يصح إقراره بالدار على مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك في المدونة في أن المريض لا يجوز له أن يقضي بعض غرمائه دون بعض، فقوله: ويقبل قوله، كان عليه دين أو لم يكن، معناه: إن كان الدين الذي عليه يفي به ما بقي من ماله بعد الدار، وأما إن كان لا يفي به ما بقي من ماله بعد الدار. فإنما يصح أن ينفذ إقراره له بالدار، على قياس القول بأن للمريض أن يقضي بعض غرمائه دون بعض في مرضه، وهو ظاهر قول ابن القاسم في المديان من المدونة وإن حمل قوله: ويقبل قوله كان عليه دين أو لم يكن، على أنه إنما أراد أنه يقبل قوله فيما أقرّ له به من الغلة كان عليه دين أو لم يكن، صح على ما فيه من بعد التأويل، إذ لا اختلاف في أن إقرار المريض بالدين لمن لا يتهم عليه جائز، وإن كان عليه دين يحيط بماله والله الموفق.

مسألة:

وسئل عن الرجل حضرهُ الموت، وفي يده منزل أو أرض أكثر فيها من الغراس والبنيان، فقال عند موته: إن هذه الأرض والقرية لفلان، وإنما كانت في يدي بخلافة منه، وأنكر ذلك عليه ولده، وقالوا: إنها لك، وليست لغيرك قال: أَرى أن يدفع القرية إلى من أقرّ له بها، ولا ينظر في ذلك إلى قول الولد، ولا يتهم الرجل على ولده الأجنبي.

قال محمد بن رشد: قد أتى القول على هذه المسألة في المسألة التي قبلها فلا معنى لِإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل قال عند موته: إني كنت قتلت فلاناً عمداً أو خطأً فأعطوا ورثته الدية، واعتقوا عني رقبة، أيكون ذلك من الثلث أم من جميع المال؟ قال: فأما العمد فإنما يكون فيه القصاص، والذي أمر به من المال في ذلك، أراد به وجه الكفارة، فأرى أن ينفذ ذلك في ثلثه، قال: وأما الخطأ فإنما هو شيء أقرّ به مما كانت تحمله عاقلته،

فأراه في الثلث أيضاً وكذلك العتق إنما هو من الثلث، ولو كانت عليه بينة تحق ذلك كان من الثلث أيضاً، وهو قول مالك. قلت: ولم لا تكون دية الخطأ على العاقلة؟ يقبل إقراره به أولاً حياً، ولا يقبل عند موته، قال: لأنه أوصى بها فكأنه حملها على العاقلة.

قال محمد بن رشد: هذا بيّن على ما قاله: لأنها وصية في العمد والخطأ، فتكون في ثلثه، ولا تكون دية الخطأ على العاقلة، وإن كان هو المقر بالقتل على القول بأن من أقرّ بقتل خطأ، تكون الدية بإقراره على العاقلة؛ لأنه قد أوصى بها كما قال، ولو لم يوص بها لم تكن على العاقلة عند من رآها عليها إلا بعد القيامة؛ لأنه جعل قوله لوثاً يستحق الورثة الدية به مع قسامتهم. وقد قيل: إن الدية تكون في ماله قيل بقسامة، وقيل بغير قسامة. اختلف في ذلك قول مالك. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسألت ابن القاسم عن رجل هلك وترك عبدين وابنين، وقيمة أحدهما ألف درهم، وقيمة الآخر ألفا درهم فأتى الذي قيمته ألفان بشاهدين يشهدان له بالعتق، وأتى الآخر بابني سيده يشهدان له أنه هو المعتق دون صاحبه، قال: أرى أن يبدأ الذي شهد له الأجنبيان، فيعتق في الثلث، ثم يرجع على الابنين، فيعتق عليهما الذي شهدا له بما حمل الثلث منهما جميعاً إذا كان قولهما تكذيباً منهما للشاهدين اللذين شهدا على عتق الآخر قال: ولو إن الشاهدين شهدا على الميت أنه أعتق هذا في مجلس وبتل عتقه حين أوصى، وشهد الابنان أنه أعتق هذا في مجلس آخر وقال لا علم لنا بما أشهدهما، إلا أنه أشهدنا على هذا، رأيت أن تثبت الشهادتان جميعاً وأن يسهم بينهما إذا كان للعبد الذي يشهد الابنان له لا يتهمان في جرِّ ولائه لرداءته، فأيهما خرج سهمه عتق منه ما حمل الثلث، ورق ما بقي؛ لأنهما لم يرفعا شهادة الشهرين بأمر كذباهما فيه. قال: وإن اتهما في جر ولاءٍ لم تجر شهادتهما، وذلك إذا شهدا أنه أعتق بعد الموت، وإن كان أعتق أحدهما بتْلاً والآخر بعد الموت، كان المبتَّل مبدأً قبل صاحبه كان أو بعده، فإذا كانا جميعاً مبتَّلين بدئي بالأول فالأول.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: من أنه يبدأ الذي شهد له الأجنبيان، فيعتق في الثلث؛ لأنه إذا شهد الشاهدان للذي قيمته ألفان بالوصية وشهد ابنا الميت لآخر أنه هو الذي أوصى الميت بعتقه، وجب أن تكون شهادة الشاهدين أعمل من شهادة الابنين؛ لأنهما يتهمان على رد الوصية للعبد الذي قيمته أقل، وكذلك لو شهدا للذي قيمته أكثر أنه هو الذي أوصى أبوهما بعتقه، إن كان عبد يرغب في ولائه، فإذا بطلت

شهادتهما بأخذ هذين الوجهين، وجب أن يعتق العبد الذي شهد له الأجنبيان بشهادتهما إن حمله الثلث، أو ما حمل منه، ثم يرجع بعد ذلك إلى الابنين، فيعتق عليهما من العبد الذي قال: إنه هو الموصي بعتقه ما حمل الثلث منه بإقرارهما له بالوصية لا بالشهادة. وقال ها هنا في الرواية: إنه يعتق عليهما الذي شهدا له بما حمل الثلث منهما جميعاً وذلك بعيد؛ لأنهما مقران أن هذا العبد وحده هو الذي أوصى أبوهما بعتقه، فوجب أن يعتق كله عليهما إن حمله وحده الثلث، أو ما حمل الثلث منه، وكذلك قال في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب العتق في نظير هذه المسألة، ولو كانت قيمة العبدين سواء، أو قال الابنان في الذي قيمته أكثر منهما: إن هذا هو الذي أوصى أبونا بعتقه، وكان لا يرغب في ولائه، لكان الحكم في ذلك على مذهب ابن القاسم، أن ينظر إلى أعدل البيتين، فإن كان الابنان أعدل من الشاهدين الآخرين، ثبتت الوصية للذي شهدوا له، ولم يجب للآخر شيء. وإن كان الشاهدان الآخران أعدل من الابنين، ثبتت الوصية للعبد الذي شهدا له، ورجع العبد الآخر على الابنين فاعتق عليهما منه ما حمل الثلث بإقرارهما له بالوصية لا بالشهادة، ولو تكافيا جميعاً في العدالة لسقطا ورجع على الابنين العبد الذي شهدا له بالوصية فأعتق عليهما ما حمل الثلث بإقرارهما له بالوصية بالشهادة، ومعنى ذلك، إذا لم يكن للميت وارث غيرهما ولو كان له وارث غيرهما لم يعتق عليه منه بإقرارهما ما حمل الثلث على مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك من أجل الضرر الداخل في ذلك على سائر الورثة، إلا أن يملكاه أو يملكه أحدهما بعد ذلك، فحينئذٍ يعتق على من ملكه منهما ما حمل الثلث من نصيبه، ولو كانت الشهادتان في مجلسين، لثبتا جميعاً وأسهم بينهما كما قال، إذا كان العبد الذي شهد له الابنان، لا يتهمان في جر ولائه لرواته، فأيهما خرج سهمه عتق منه ما حمل الثلث. ورقَّ ما بقي وإن اتهما في جرِّ ولائه، لم تجز شهادتهما، وكان الحكم في ذلك على ما تقدم في أول المسألة. وقوله في آخر المسألة: وذلك إذا شهدا أنه أعتق بعد الموت يبين أنه إنما تكلم في المسألة على أن الشهادة إنما هي بالوصية، فقوله: وبتَّل عتقه حين أوصى معناه بتَّل الوصية بالعتق.

وقوله: وشهد الابنان أنه أعتق هذا في مجلس آخر، معناه شهدا أنه أوصى بالعتق في مجلس آخر، وقوله: إنه إن كان أعتق أحدهما بتلاً والآخر بعد الموت، كان المبتَّل مبدأً به، اختلاف قد مضى تحصيله في رسم طلق ابن حبيب من سماع ابن القاسم. وأما قوله وإن كانا جميعاً بتلين، بدئ بالأول فالأول، فلا أعرف فيه نص خلاف، إلاَّ أنَّ

الخلاف يدخل فيه بالمعنى، فيتحاصان على القول بأن له أن يرجع عما بتله في مرضه إن مات منه على ما وقع فيه رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألت ابن القاسم عن رجل قال عند موته: قد كنت أعتقت رقيقي إن لم أتصدق بمائة دينار، وإني قد فعلت والحمد لله، ويميني في كتاب من كتبي، فأخرجوا ذلك الكتاب، ثم هلك، فوجد الكتاب بيمينه وليس فيه ذكر إنفاذ الصدقة، وقال الرقيق لم يرد شيئاً، قال: القول في ذلك قوله، وليس يشهد في مثل هذا أحد.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، كأنه لم يقرّ على نفسه بشيء يلزمه فيه شيء، لارتباط أول الكلام بآخره. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن رجل قال لورثته عند موته: قد كنت حلفت بعتق رقيقي إن لم أعط فلاناً مائة دينار، فادفعوها إليه من ثلثي فإن نقص الثلث خفت الحنث، فقال الورثة: نحن نتم ذلك من ميراثنا منك. وقال الرقيق: قد حنث. قال: لا أرى عليه حنثاً وهي مثل التي قبلها.

قال محمد بن رشد: قوله: وهي مثل الذي قبلها، يريد أنها مثلها في أنه لا حنث عليه فيها؛ لأنها مثلها في المعنى الذي به، يسقط الحنث عنه فيها تلك سقط الحنثُ عنه فيها بتصديقه أنه قد بَرَّ، إذ علم تُعلم يمينه إلاَّ من قبله، وهذه سقط الحنث عنه فيها؛ لأن الثلث له حياً وميتاً، وكذلك ما زاد الثلث، أذن له بذلك الورثة في حياته، فوجب أن يبدأ بالوصية في ذلك؛ لأن الموصي كالوكيل له على الدفع، ومن حلف ليعطين رجلاً مالاً أو ليقضينّه حقه إلى أجل، فوكل رجلاً على ذلك، يبر بفعل الوكيل إذا أعطاه أو قضاه قبل الأجل، وهو قول ابن القاسم في رسم أسلم من سماع يحيى من كتاب الأيمان بالطلاق ولا خلاف في ذلك، وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت له: فرجل قال عند موته: إني قد كنت حلفت بعتق رقيقي إن لم أُعط فلاناً مائة دينار، وعليه بذلك بينة، فما رأيكم وأنا اليوم لا دينار عندي ولا درهم؟ قال الورثة: نحن نضمن له ذلك في أموالنا، ولا تدخل علينا حنثاً فبعث إلى الرجل الذي حلف له، فكتب له على نفسه ذكر حقّ بالمائة ثم هلك الرجل، وقال العبيد: قد حنث، وعتقنا.

قال: إن كانت المائة الدينار هبة، وترك مالاً يحمل ثلثه المائة، رأيت ذلك مخرجاً له؛ لأن الثلث له حياً وميتاً، وإن كانت المائة ديناً فقضاه في مرضه، فقدْ بَرَّ، قضاه من ماله أَو من مال غيره، وإن ضمن له ذلك أحدٌ، وارث أو غيره، فهو حانث، ومن ذلك، لو أن رجلاً حلف بعتق رقيقه ليقضين فلاناً حقه إلى أجل، ثم أحاله بما كان حلف له عليه، فإن مضى الأجل قبْل أن يدفع إليه الذي أحيل عليه فهو حانث.

قال محمد بن رشد: في قوله في هذه الرواية: إن كانت المائة الدينار هبة، وترك مالاً يحمل ثلثه المائة، رأيت ذلك مخرجاً له، دليل بيّنٌ ظاهر على أنه لا يكون له في قول الورثة: نحن نضمن له ذلك في أموالنا مخرج إن لم تخرج المائة من الثلث، وذلك صحيح، إذ لا يبر الميت فيما حلف ليعطينه من ماله إذ لم يعطه في حياته، إلا أَن يوصي أن يعطي بعد وفاته، ويحمل ذلك ثلثه، فإن لم يحمل ذلك ثلثه لم يبر، إلا أن يجيز له الورثة الوصية بذلك في حياته على ما قاله في المسألة التي قبل هذه إذا قال الورثة: نحن نتم ذلك من ميراثنا منك، وأما إذا قالوا: نحن نضمن له ذلك في أموالنا، فلا يبرُّ بذلك، كما لا يبر إذا أخرجوها من الثلث أن يوصي بذلك، وفي قوله: وأنا اليوم لا دينار عندي ولا درهم، دليل على أن له مالاً سوى العبيد، ولا ناض له، وذلك سواء كان له مال سواهم لو لم يكن؛ لأن الاعتبار في ذلك، إنما هو هل تخرج المائة من ثلثه أو لا تخرج؟ فإنِ خرجت من ثلثه وأوصى بإخراجها بَرَّ بذلك، وإن لم يوص بإخراجها حنث، وإن كان له مال سوى العبيد، يخرج منه، وإن لم يخرج من ثلثه فلا يبر بالوصية بإخراجها، إلاَّ أن يجيز ذلك الورثة في حياته كما تقدم. وقوله: وإن كانت المائة ديناً فقضاه في مرضه إلى آخر قوله صحيح، واحتجاجه على ذلك بالحوالة بيّنٌ؛ لأن الحنث يدخل بأقل الوجوه، والبِر لا يكون إلا بإخراجها كلها، فإذا حلف ألا يقضيه يحنث بالحوالة، وإذا حلف ليقينَّه، لا يبرأ بالحوالة.

وقد مضى هذا في رسم حمل صبياً ورسم بع من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن رجل قالت: عبدي فلان حرّ، وما بقي من ثلثي فلفلان، فأبق العبد، قال يقوَّم، فإن كان هو الثلث، فلا شيء للموصى له ببقية الثلث، وإن كان الثلث أكثر من قيمته، أعطى ما فضل عن قيمته.

قال محمد بن رشد: رأيت لابن دحون في هذه المسألة أنه قال فيها: هذه مسألة

تحتاج إلى نظر: هل يقوم للعبد على إباقه ويعتق؟ أو يدخل في المال فيؤخذ ثلثه؟ أو تُحال الوصية إذا قوم، ولعل العبد ميت، ومثل هذا يحتاج إلى نظر وشرح. والذي يوجبه النظر في هذه المسألة عندي أن يقوم العبد يوم يُنظر فيه على الصفة التي أبق فيها بعيب إباقه، وتنفذ له الحرية، فإن بقي من الثلث شيء، كان للموصى له ببقية الثلث، وإن لم يفضل من الثلث شيءعن قيمته، لم يكن للموصى له ببقية الثلث شيء، وإن انكشف أنه كان ميتاً يوم قُوِّم، وأنفذ له العتق، لم يكن للموصى له ببقية الثلث في ذلك حجة، إذ لم يوص له إلا بما بعد قيمته، نفذت له الحرية أو لم تنفذ، وإنما كانت تكون له في ذلك حجة، لو أوصى له بمال فلم يحمل الثلث العبد والوصية بالمال، مثل أن يكون ترك الميت مائتي دينار، وأوصى بعتق عبد قيمته مائة دينار، وأَوصى لرجل بمائة دينار، فأبق العبد، وقيمته مائة دينار، فإن الواجب في هذا أن يوقف للموصى له ثلث ما بقي بعد العبد، فإن انكشف أنه كان حيا يوم أعتق رد ما وقف إلى الورثة؛ لأن العتق قد نفذ فيه، وقيمته الثلث، فسقطت الوصية بالمال، لتبدئه العتق عليه، وإن انكشف أنه كان ميتاً يوم أعتق بطل العتق فيه، وكان ما وقف للموصى له. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسألته عن رجل أوصى أن يخدم فلاناً عبدُه عشر سنين، ثم هو حرّ، وأوصى بوصايا عتق وغير ذلك، متى يُقَوَّم المخدَم أيام أوصى له أم يوم مات سيده؟ أم قيمته بعد عشر سنين؟ قال: قال مالك: تكون قيمة الذي أعتق بعد خدمة عشر سنين يوم تنفذ الوصايا، وينظر فيها، فإن كان في الوصايا عتق رقيق له بدؤوا عليه، فإن فضل، يخرج المخدم فيها، ووصايا من أوصى له، أنفذت، وإن قصر الثلث عن المخدم، خُير الورثة بين أن ينفذوا ما أوصى به من عتق المخدَم إلى أجله، وإنفاذ الوصايا، وإن أَبوا عتق من المخدم ما حمل الثلث بتْلاً، وسقطت الوصايا من الخدمة فيه، وعجل له العتق ساعتئذ، ولا يؤخر، وإن كان المخدم بعد من بتل له العتق، هو كفاف الثلث، أخرج، وتحاصَّ أهلُ الوصايا والمخدم في خدمته، على ما فسرت لك في المسألة الأولى.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بيّنة صحيحة على الأصول، لأن القيمة في الوصايا إنما تكون يوم النظر في تنفيذها، لا اختلاف في ذلك أيضاً إلا أن يكون الأجل قريباً كالشهر ونحوه، فقيل: إنه يُبدَّأ عليه، وقيل: إنهما يتحاصان، فإن حمل ما بقي من الثلث بعد عتق الرقيق العبد المخدم خاصة، أو العبد المخدم وبعض الوصايا تحرص الموصى له بالخدمة مع أهل الوصايا في الخدمة خاصة، أَو في الخدمة وما حمل بقية

الثلث من الوصايا، وإن لم يحمل بقية الثلث بعد عتق الرقيق العبد الموصى بخدمته خُيِّر الورثة كما قال، بين أن ينفذوا جميع الوصايا، وبين أن يعتقوا ما حمل الثلث من العبد المخدم، بَتْلاً وتسقط الوصايا وبالله التوفيق.

مسألة:

قال محمد بن رشد: قال وسألته عن رجل أوصي بمائة دينار ينفق منها عليه كل سنة منها كذا وكذا وعليه دين، فقال أهل الدين: عمره لنا، ثم أعطنا الفضل، فإنه عمره لا يستتم المائة، قال ابن القاسم: ليس ذلك لأهل الدين؛ لأن ما فضل بعد موته، يرجع إلى ورثة الموصي إن لم يستكملها في حياته. قال: وكذلك قال مالك: إن فضلتها ترجع إلى ورثة الموصي.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إن ذلك لا يجب للغرماء؛ لأنه إن عُمر قد ينقضي الأجل الذي عُمر إليه وهو حي، فيكون من حقه أن ينفق عليه بما أوصى له به حتى يموت، فإن قضيتُ للغرماء بالفضل، كنت قد قضيت لهم بما هو أحق به منهم، إذ لا حقّ لهم فيما أوصى له به أن ينفق عليه، ولأن ما فضل بعد موته يرجع إلى ورثة الموصي كما قال، فلا حقّ للغرماء في ذلك في حال. وقد قال إسحاق: إن ذلك لا يرجع إلى ورثة الموصي إلا بتفسير، والذي ذهب إليه والله أعلم أنه إنما يرجع إلى ورثة الموصي ما فضل بعد موته إذا كان الثلث قد حمل الوصية بالعدد الذي سمى له في النفقة عليه، أو لم يحملها، فأجاز ذلك الورثة، وأما إن لم يحملها الثلث، فقطعوا له بالثلث، فلا يرجع شيئاً من ذلك للورثة، ويصير له بتْلاً يورث عنه ما فضل منه على ما مضى قبل هذا في رسم العرية، ولو أراد الغرماء ها هنا أن يعمر لهم فيأخذوا الغضب لم يكن ذلك لهم عندي لما ذكرته من أنه قد يعيش أكثر مما عمر إليه، فيكون من حقه أن ينفق عليه من ذلك المال حتى يموت، ولو أراد الغرماء في هذه المسألة أن يأخذوا ما فضل عن نفقته في كل سنة مما سمى أن ينفق عليه فيما كان ذلك لهم على ما قاله في المسألة التي بعدها، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسألته عن رجل أوصى له بنفقة دينارٍ كل شهر، فأجرى عليه ذلك عليه، وعليه دين، فقال أهل الدين: أعطنا فضل الدينار، فإن فيه فضلاً عنه. قال أرى ذلك لهم؛ لأن ما فضل عن أنفقته مال له، ولا يرجع إلى ورثة الذي أوصى به.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال بيّنٌ يبيّن ما لم يتكلم عليه في المسألة

قبلها والله الموفق.

مسألة:

قال: وسألته عن رجل أوصيَ له بمائة دينار سلفاً، ثم مرجعها إلى فلان، فوسع الثلث المائة، أو ضاق عنها. قال: إن حمل الثلث المائة التي أوصى بها للرجل، دفعت إليه إلى الأجل الذي أوصى بها له، ثم هي رد على فلان الموصى له بها سلفاً ضامن لما نقص من المائة وإن لم يسعها الثلث نظر إلى ما حمل الثلث منها، فدفع إليه، وكالت على حالها في يديه إلى الأجل الذي جعل فيها، ثم ترجع إلى من بُتِّلت له.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه؛ لأنه لو أوصى في الدنانير أن تحبس عليه مدة لا من الزمان أو حياته، لكانت سلفاً، ولكان لها ضامناً، وإن لم ينص على الضمان، ولا قال إنها سلف على ما في كتاب العارية من المدونة.

وقد مضى الكلام على هذا مجرداً في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس

فكيف إذا نص على أنه إنما أوصى له بالسلف؟ وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِل عمَّن قال في مرضه: إن مت من مرضي هذا فغلامي مُدَبَّرٌ، فقال: إن مات منه فهي وصية، وليس تدْبيراً، وإن عاش فهي أيضاً وصية يصنع فيها ما شاء، إلا أن يكون أراد تدبيراً.

قال محمد بن رشد: أَما إذا صح من مرضه فلا إشكال ولا اختلاف في أنها وصية، له الرجوع عنها، وتنفذ إن لم يرجع عنها، وقد كان كتب بذلك كتاباً وضعه عند غيره، أو أقره عند نفسه، على أحد قوليْ مالك إذا أَقرَّهُ عند نفسه، وأما إن لم يكن كتب بذلك كتاباً فلا ينفذ حَسبما مضى تحصيله في أول رسم من سماع ابن القاسم، وأما إذا مات من ذلك المرض، فقال في هذه الرواية: إنها وصية، وليست تدبيراً، يريد: إن لها حكم الوصية في جواز الرجوع له عنها في مرضه ذلك، فلا ينفذ إن مات منه وفي أنه لا يبدأ على ما أوصى بعتقه من عبيده سواه، ولابن القاسم في كتاب ابن المواز ليس له الرجوع عن ذلك وقد ثبت له التدبير، يريد: إنه ليس له الرجوع عن ذلك ويبدأ إن مات منه على ما أوصى به ويعتق من عبيده وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألت ابن القاسم عن رجل قال في مرضه: قد كنت حلفتُ بعتق رقيقي إن لم

أتصدق له بمائة دينار، فأخرجوها من ثلثي، فقال الرقيق: قد حنث حين مات. وقال الورثة: ثلثه بعد موته، بمنزلة ماله في حياته. قال: إن حمل الثلث المائة رأيته قد بَرَّ؛ لأن حاله في ثلثه ميتاً، كحاله في ماله حيًّا، وليس هو بمنزلة من قال: قد كنت حنثت في صحتي؛ لأن المقر بالحنث في الصحة إنما أراد أن يكون ذلك من رأس المال، وأن هذا إنما أقرّ بيمينه في المرض، فكأنه إنما أراد أن يجعلهم في الثلث، فهو حانث إلا أن يسع الثلث المائة.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والتكلم عليها في هذا الرسم بعينه، فلا معنى لإعادته، وأما الذي يقرّ في مرضه بالحنث في صحته، فقد مضى الكلام عليه في رسم أمهات الأولاد وغيره وبالله التوفيق.

ومن كتاب الثمرة

وسألته عن الرجل يتصدق في مرضه بثلث دار له، وفي الدار طوب وخشب، أراد أن يبني به، فقال المتصدق عليه: لي ثلث الطوب والخشب، وأبى الوارث أن يكون ذلك له، قال: ليس له في الطوب والخشب شيء.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال؛ لأن الصدقة في هذا كالبيع، فلا يدخل في الصدقة إلا ما يدخل في البيع.

وقد مضت هذه المسألة متكررة في الرسم من هذا السماع من كتاب الصدقات والهبات، ومضى عليها هناك وبالله التوفيق. لا شريك له.

تم الكتاب الثالث من الوصايا بحمد الله وصلّى الله على سيدنا محمد وسلّم.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كتاب الوصايا الرابع

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم

من كتاب الكبش

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن امرأة قالت في مرضها وهي توصي: ثلث مالي حرّ، فلانٌ غلامي حرّ، قال: أرى أن يعتق الغلام، ويبدأ في ثلث المال، فإن فضل منه شيء، اشتريت منه رقاب، فأعتقت، قلت: فإن كان لها رقيق، أَتَرى قولها ثلث مالي حُرّ يوجب لهم وصية بعتاقةٍ؟ قال: نعم ويقرع بينهم بعد عتق الذي نصت، إن لم يحمل الثلث عتقهم.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال؛ لأن العتق المعيَّن يبدأ على ما سواه مما ليس بمعين. ولا اختلاف في هذا أحفظه وبالله التوفيق.

مسألة:

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن الرجل يوصي بثلث ماله لأم أولاده، وله منها أولاد، أو ولد له منها. قال: ذلك جائز لها. قلت: أما ترى أنه أراد بذلك غنى ولدها منه إن كان منها ولد؟ فكأنه أوصى لولده، قال: لا ولكن يحمل من ذلك ما تحمل؛ لأنها تعتق بعده، وتكون أحق بما أوصى لها به، ولعلها أن ترث جميع ولدها، والأمر الذي خيف عليه في الوصية لها غَيْب محجوبٌ، ولا ترد الوصايا بالظن، قال: ومثل ذلك المرأة توصي لابن زوجها من غيرها، وقد سمعت مالكاً يجيزه، ولا يرى رده. قلت: والمرأة توصي لأم ولد زوجها أتجوز الوصية لها؟ قال: أَما الشيء التافه اليسير الذي يرى أنها لم ترد به إلا الأم ولو لقلته، ومثل ذلك يوصي به لمثلها، فهو جائز وإن كان كثيرا يرى أنها إنما أرادت به المُحاباة لزوجها، فهو مردود على الورثة، لأن مال أُم الولد هو للسيد إن أحب نزعه منها نزعه. وأما ما أوصت به المرأة لأبوي زوجها أو لإخوته، أو لأخواته، أو بعض قرابته، أو بعض إخوانه المصابين له، أو كل ما يخشى أن يكون إنما أرادت رد ذلك على زوجها حين أوصت به لبعض هؤلاء، غير أَن الذي يتهم

به لا يعرف ولم يظهر شيء من سبب يدل عليه إلا ظناً فإنه ماض لمن أوصى له به، ولا ترد وصيتها لسوء الظن بها، ولعل الذي أوصت له لا يريد أن يعطى الزوج من ذلك قليلاً ولا كثيراً. قال: وسواء أوصت للذي توصي له بالمهر الذي على زوجها أو غيره. قال أصبغ مثله، وكذلك وصية الرجل لولد ولده، وأبوهم وارث حي، فهي جائزة، ولا ترد بالظنة. قيل لأصبغ: فهل على الموصى له يمين في هذه المسائل كلها، إن ذلك لم يكن توليجاً من الميت إليه ليرده على وارثه؟ قال: لا يمين عليه، وهو مدين، وسواء كانت وصيته على أجنبيين أو ذوي قرابة، لا يمين عليهم، ولا يرد ما كان من فعل الميت في ذلك بالظنة والتهمة.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة كلها صحيحة لا اختلاف فيها، حاشا قول أصبغ: إنه لا يمين على الموصي له، إن الوصية إليه لم يكن يرد ذلك على الوارث؛ لأنها يمين تهمة يدخل فيها الاختلاف المعلوم في لحوق يمين التهمة، ولو حقق أحد الورثة عليه الدعوى بذلك لحقته اليمين باتفاق، وكان له ردها. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال يحيى وسألت ابن القاسم عمَّن أوصى فقال: لفلان كذا وكذا، ولفلان كذا من مالي في ثلثي ثم فلان غلامي حرّ. قال يبدأ الأول، ثم الثاني بوصيتهما في الثلث، ثم يعتق العبد في فضله إن بقي بعد وصيتهما شيء، قال: وإن ضاق الثلث عن وصيتهما تحاصّا. ولم يبدأ الذي قال له كذا وكذا في ثلثي على الآخر، الذي قال له كذا وكذا ولم يقل في ثلثي. قال: ولو قال أيضاً لفلان كذا في ثلثي، ولفلان كذا وكذا، ولم يقل في ثلثي، ولفلان ثلث مالي أو سدسه، أو جزء من أجزائه، تحاصُّوا أجمعون في الثلث، إلا أن يكون الموصي أمر بتبدئة أحد منهم، فيبدأ بالذي نص له في الوصية جزءاً من ماله، أو عدة من الدنانير والدراهم، أو أوصى له بشيء بعينه، ذلك كله عندنا سواء، يتحاصُّون جميعاً بحساب ما أوصى لهم إلا أن يبدىء أحداً منهم فيبدَّأ اتّباعاً لأمره، وإنفاذاً لوصيته، والعتاقة مبدأة أبداً، إلا أن يؤخرها الموصي فتوضع حيث رضي، وتؤخر حيث جعلها، ولا يخالف فيها ما أوصى به؛ لأنه أحق بثلثه، يضعه حيث أحب.

قال محمد بن رشد: هذا كله بيّن على ما قاله، صحيح على معنى ما في المدونة وغيرها، لا اختلاف في شيء منه إلا فيما قاله من أن الوصية بالجزء وبالعدد أو بالشيء بعينه سواء، يتحاصون في ذلك كله. فإن فيه اختلافاً قيل: إنه يبدأ العدد على الجزء، وقيل: إنه يبدأ الجزء على العدد، وقيل: أنهما يتحاصان وهو المشهور في المذهب.

والثلاثة أقوال لمالك، إلاَّ أن يقول لفلان ثلثي، ولفلان منه كذا وكذا، فيبدأ العدد على الجزء. وقد مضى الكلام على هذا مستوفىً في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم وفي رسم الوصايا من سماع أشهب، فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب الصورة

وقال في رجل يقول في وصيته: ثلث عبدي فلان حُرّ وأعطوه ثلث بقية مالي، إنه لا يعتق منه إلا الثلث الذي جعله عتيقاً من رقبته، ولا يعتق ما بقي منه في بقية الثلث، ولا يعطيه إلا ما لا يجعل في رقبته منه شيء، وليس هو مثل العبد الذي يوصي له سيده بثلث جميع ماله، فيجعل ذلك الثلث في عتق رقبته.

قال محمد بن رشد: في قوله: إنه لا يعتق من العبد إلا ثلثه الذي أوصى السيد بعتقه، وهو قد أوصى له بثلث بقية ماله نظر؛ لأن ثلثي رقبته الباقيين منه من ماله، وهو قد أوصى له بثلث بقية ماله، فوجب على قياس قوله أن يعتق على نفسه ثلث الثلثين الباقيين من رقبته؛ لأنه قد ملكه ذلك، إذ أوصى له بثلث ما بقي من ماله، وإذا أعتق على نفسه شيء منه وجب أن يقوَّم عليه بقيته في ماله، على قياس قوله، فلم يعرف في هذه الرواية بين أن يوصي له بعتق ثلثه، وبثلث ما بقي من ماله، وبين أن يوصي له بعتق ثلثه وبقية ثلث ماله، وهما مفترقان في وجه القياس. وقد مضى هذا في رسم أسلم من سماع عيسى وبالله التوفيق.

ومن كتاب الصلاة

وسئل عن الرجل يوصي فيقول: أعطوا فلاناً مائة، ولا دنانير ولا دراهم، قال: سمعت مالكاً يقول: يعطى مائة درهم، فإن أوصى في وصيتين، فقال في إحداهما: أعطوه عشرين ديناراً، وقال في الأخرى: أعطوه ثلاثين ديناراً، لم يعطَ ما في الوصيتين، ولكن يعطى الأكثر مما في الوصيتين، وذلك ثلاثون ديناراً، قال: وإن قال في إحدى الوصيتين: أعطوه مائة درهم، وقال في الأخرى: أعطوه مائة دينار، أعطى ما فيهما جميعاً: المائة درهم والمائة دينار. قال: وكذلك لو أوصى له في إحداهما بفرسين، وفي الأخرى بثلاثة، أعطى ثلاثة، ولم يعط ما في الوصيتين، ولو أنه أوصى له في إحداهما بفرسين، وفي الأخرى بجملين، أُعطى ما في الوصيتين جميعاً قال: وعلى هذا النحو الذي بينت لك، يحمل كل ما أَوصى به المرء في وصيتين، يختلف ما فيهما من الثياب والحيوان والدنانير والدراهم، وجميع العروض، إذا كان ما في الوصيتين من صنف

واحد مختلف العدد، أعطي الأكثر ولم تجمع له الوصيتان، وإذا كان ما فيهما من صنفين مختلفين، اتفق العدد أو اختلف، فله ما فيهما جميعاً.

قال محمد بن رشد: أما إذا أوصى له بمائة، ولم يقل دنانير ولا دراهم، فقوله: إنه يعطى الدراهم، معناه، إذا كان البلد إنما يجري فيه الدراهم، أو كان تجري فيه الدراهم والدنانير، ولم يكن في وصية الميت ما يدل على أنه أراد الدنانير، مثل أن يقول: لفلان عشرون ديناراً، ولفلان مائة، ولا يسمي دنانير ولا دراهم، فله الدنانير: هذا كله قاله في سماع أصبغ في أول رسم منه. وهو مفسر لهذه الرواية، وكذلك إذا أوصى له بعدد محدود من الطعام ولم يقل قمحاً ولا شعيراً يجري على هذا القياس، إن كان غالب ما يتقوت به الناس في البلد القمح، أو كان في وصيته ما يدل عليه أنه أراد القمح، فله القمح، وإلاَّ فله الشعير، وَأَما إذا أوصى له بوصيتين، في الأولى بعشرين ديناراً، وفي الثانية بثلاثين ديناراً، فقوله في هذه الرواية: إنه يعطى الأكثر منهما ولا يعطهما جميعاً، هو نص قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وغيرها، وسواء على مذهبه كانت الأولى هي الأقل، أو الأكثر، وسواء أيضاً كانتا في كتاب واحدٍ أو في كتابين وقال مطرف: إن كانت الأولى هي الأكثر، أو كانتا متساويين، فله الوصيتان جميعاً؛ لأن أمره يُحمل على أنه استقل ما أوصى له به أولاً، فزاده عليه ما أوصى له به في الثانية، وإن كانت الأولى هي الأقل، فله الثانية وحدها؛ لأن أمره يحمل على أنه استقل ما أوصى له به أولاً، فرجع إلى ما أوصى له به آخراً إذ لا يزاد الكثير على القليل، وسواء كان ذلك في كتاب واحدٍ أو في كتابيْن، وقال ابن الماجشون كما قال ابن القاسم: إن كانت الوصيتان في كتابين، وكما قال مطرف: إن كانت في كتاب واحد، قال: وذلك إذا كان بين الوصيتين وصايا لغيره، وأما إن لم يكن بينهما إلاَّ كلام من غير الوصية فذلك بمنزلة إذا نسق الوصيتين، أحدهما بعد الأخرى، فقال لزيد عشرة، ولزيد عشرون، فإنه يكون له العشرة والعشرون، قال: ولو قال لزيد عشرة لزيدٍ عشرون بغير ولو، لم يكن له إلا العشرون، وكذلك على مذهبه لو قال: لزيدٍ عشرون لزيد عشرة، بغير واوٍ لم يكن له إلا العشرة قال ذلك تأويلاً على ما رويناه عن مالك، من أن له الوصيتين إن كانت الأولى أكثر، والثانية وحدها إن كانت الأولى أقل، إذ لم يسهما منه تفرقةً بين أن تكون الوصيتان في كتابيْن أو في كتابٍ واحد، ولا مساواة بين ذلك، ووجه قول ابن القاسم: إن له الأكثر من الوصيتين كانت الأولى أو الآخرة، هو أنه إن كانت الأولى أكثر، فقد تحققت الوصية بها، وشككنا في الثانية إن كانت ناسخة لها، أو زيادة عليها، فلم تنسخ

الأولى بالشك، ولا حكمنا للثانية بأنها زيادة على الأولى بالشك أيضاً، فبطلت، وأما إن كانت الثانية أكثر، فالوجه ما قاله مطرف، وأما إذا أوصى له بوصيتين، إحداهما دنانير. والأخرى دراهم، فاختلف قول ابن القاسم في ذلك، قال في هذه الرواية، وهو قوله في رواية سحنون عنه: إنهما له جميعاً، كالصنفين، وروى عيسى عنه في المدونة: أن له الأكثر منهما، كالصف الواحد، وهو قول مطرف وابن الماجشون في الواضحة: إنهما كالصنف الواحد، فإن كانت الثانية الأقل، كانتا له جميعاً، وإن كانت الأكثر، لم يكن له سواها على أصلها في الوصيتين من الدنانير والدراهم، إحداهما أكثر من الأخرى ويعتبر ذاك بمعرفة الصرف والقولان قائمان من المدونة والحيوان والعروض والدور والمكيل والموزون من الطعام وغيره عند ابن القاسم سواء إن أوصى له بوصيتين من صنف واحد من ذلك كله، كان له الأكثر من الوصيتين، كانت الأولى أو الآخرة، وإن أوصى له بوصيتين من صنفين من ذلك كله، كانت الوصيتان جميعاً، كان ذلك في كتاب واحدٍ أو في كتابين، أو في لفظ بغير كتاب. وذهب مطرف وابن الماجشون، إلى أنه إن كانت الوصيتان من العروض، فله الوصيتان جميعاً، كانتا من صنفين أو من صنف واحد، اتفق عددهما أو اختلف، بمنزلة إذا أوصى له بعين وعرض، سواء كانت الوصيتان في كتابين، أو في كتاب واحد، ولابن الماجشون في ديوانه، أنه إذا أوصى له بعرضين مختلفين، فإن كان ذلك في وصية واحدة، كانتا له جميعاً، وإن كان ذلك في وصيتين كان له الأكثر من قيمتهما وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في الرجل يوصي للرجل بعشرة دنانير، ولآخر بعشرين، ثم يقول: وبقية ثلث مالي لفلان، ثم يوصي بعد يوم أو أيام بوصايا يخصها من تسمية مالٍ أو شيء بعينيه، مثل العبد أو الدار أو الثوب أو الدَّابة، إن الذي أوصى ببقية الثلث، لا يعطي شيئاً حتى يكون في الثلث فضل عن الوصايا المسماة للذين أوصى لهم حين جعل لهذا ببقية الثلث، والوصايا والآخرة التي أوصى بها بعدما جعل لهذا بقية الثلث، تنفذ للأولين وللآخرين وصاياهم، فإن فضل من الثلث بعد، فهو للموصى له ببقية الثلث.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما تقدم في رسم أسلم من سماع عيسى ويُفسره ما ذكره محمد بن المواز. وقد مضى الكلام عليه هناك فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وإن قال رجل في وصيته: ثلث مالي في سبيل الله، ثم قال بعد ذلك بيوم أو

بيومين: يقسم ثلثي أثلاثاً فثلثه للمساكين، وثلثه في الرقاب، وثلثه يحج به عني. قال: الثلث يقسم نصفين، فنصف في سبيل الله، ويقسم النصف الثاني أثلاثاً على ما نص في وصيته، وذلك لأنه يحاص بين الوجه الذي أوصى فيه بالثلث كاملاً، وبين الوجوه التي أوصى فيها بالثلث، فيصير لأهل كل ثلث نصفه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة على معنى ما في المدونة وغيرها، من أن الرجل إذا أوصى بشيء بعينه لرجل، ثم أوصى به بعد ذلك لرجل آخر، إنه يكون بينهما، إلا أن يكون في الوصية الثانية ما يدل أنه قد رجع عن الأولى، ومثل أن يقول: الشيء الكذا الذي أوصيت به لفلان، فهو لفلان رجل آخر بخلاف الحرية، إذ لا يشترك فيها. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في الرجل يقول في وصيته: وفِّروا لأمي لضعفها سهماً في كتاب الله، وثلثي ما عدا ما ينقص الثلث بتوفير سهم أُمي صدقة على فلان، يريد: أن يخرج الثلث من جميع ماله، إلا سهم أُمه، لا يخرج منه ما يقع عليه من قسمة الثلث. قال: ويخرج الثلث للموصى له على حال ما أوصى به، ثم ترد الأم سهماً، فيضاف إلى بقية المال، فيقسم على الورثة على كتاب الله، وذلك أن رسول الله صلى اللهُ عليهِ وسلَّم قال: " لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ[1] " فهو يريد أن يفضل أمه لتوفير سهمها، فلا يدخل عليها أهل الوصايا، ويدخلون على سواها فينقصون كلهم سواها، فهذا لا يجوز، قيل له: فلو قال: أعطوا أُمي سهمها، ثم قال: لفلان سدس مالي. قال: تنفذ الوصية على حال ما قال، ثم يجمع سهم الأم إلى بقية المال، فتعاد فيه القسمة على كتاب الله.

---

(١) أخرجه الترمذي (٢٠٤٧)، وأخرجه أبو داود (٢٤٩٠)، وأخرجه النسائي في سننه (٣٦٠٠)، وأخرجه ابن ماجه (٢٧٠٥)، وأخرجه الدارمي في سننه (٦٧٣١)، وأخرجه أحمد في مسنده (١٧٧٢٢)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٦٢٤٩)، وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٤١٨)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٣٦٤٤)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٥٩٩)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٤٠٩)، وأخرجه الطبراني في مسنده (٢٣٦٧)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٥٨٢٨)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٠١١٨)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٨٠٠٢)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٣٥٦٠)، وأخرجه مالك في المدونة الكبرى (٦٠٢)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (١٤٥٢)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٦٥٥).

قال محمد بن رشد: هاتان المسألتان بيتان لا اختلاف فيهما ولا إشكال في شيء من معانيهما، وما قاله من وجه العمل فيهما صحيح، إذا لم يجز الورثة للأم الوصية بتوفير سهمها. وبالله التوفيق.

مسألة:

قلتُ لابن القاسم: أرأيت إن كاتب جميع رقيقه في مرضه فلم يجز ذلك الورثة، والثلث بهم ضيِّق، أَليس يُعتق من كل واحد منهم ثلثه؟ قال: بلى قلت: ولم لا يقرع بينهم في الثلث؟ قال: أرى إذا قطع الورثة الثلث أن يُسهم بينهم فيه كالموصى لهم بالعتق.

قال محمد بن رشد: قوله: والثلث بهم ضيق، يدل على أن له مالا سواهم، وإذا كان له مال سواهم، فلم يحملهم الثلث، ولا أجاز الورثة الوصية بكتابتهم، فالواجب إذا قطع الورثة لهم بالثلث أن يعتقوا فيه بالحصص مثال ذلك: أن يترك ثلاثة أعبد، قيمة كل واحد منهم ثلاثون ديناراً وله سواهم ثلاثون ديناراً، فجميع المال مائة وعشرون الثلث من ذلك أربعون، يكون بين العبيد بالحصص، فيعتق من كل واحد منهم أربعة أتساعه؛ لأن الأربعين من قيمة العبيد، وهي تسعون، أَربعة أَتساعها، وإنما يعتق من كل واحد منهم ثلثه على ما قال، إذا لم يكن له مالٌ سواهم، وهذا على قوله أولاً. وقوله آخراً إنه يسهم بينهم في الثلث إذا قطع لهم به الورثة، خلاف قوله أولاً فوجه قوله أولاً: إنه لا يقرع بينهم، ويعتقون بالحصص في الثلث، هو أن السنة في القرعة إنما جاءت في الوصية بالعتق وقيس المبتلون في المرض عليهم، والوصية بالكتابة بخلاف ذلك ووجه قوله آخراً إنه يقرع بينهم، هو أن الوصية بالكتابة لما لم تنفذ إذ لم يحملها الثلث، ورجعت إلى العتق في الثلث، كانت كالوصية بالعتق، وأيضاً فإنها أعدل؛ لأنه إذا أعتق من كل واحد ثلثه، إذا لم يكن له مال غيرهم، أو أعتق منهم بالحصص مبلغ الثلث إن كان له مال غيرهم، فقد أخذ الميت أكثر من ثلث ماله لأن العبد إذا أُعتق بعضه نقصتْ قيمته. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله يشتري الدور والمزارع

وسألته عن الرجل الذي يقول في وصيته: ساجي الطرازي لفلان، أو عبدي فيوجد له عبيد بذلك الاسم أو سيجان طرازية. قال: ينظر إلى عدة السيجان أو العبيد، فإن كانوا خمسة، فله خمس قيمة كل واحد منهم وإن كانوا ثلاثة، فله ثلث قيمتهم، ويعطى

ثلث القيمة فيه العبيد أو السيجان بالسهم بالغاً ما بلغت، صار له فيها ساج أو ساجان، أو عبد أو عبدان.

قلت: ولم أمضيت له الوصية، والشهود لم يثبتوا العبد بعينه، والحاج بعينه؟ قال: إنها ترد هذه الشهادة التي ذكرت، إذا شهدوا عليه في صحته أنه أعتق عبده فلاناً أو تصدق به على رجل وله عبيد بذلك الاسم، وهو منكر لما شهدوا به عليه، فيقال لهم: أي عبد تشهدون أنه أعتقه أو تصدق به على فلان؟ فيقولون: لا نعرفه بعينه، إلا أنه قال: عبدي فلان، وله عبيد بذلك الاسم، فتسقط شهادتهم، فلا يثبت العتق، ولا تجوز الصدقة لإنكاره إذا لم يقطعوا الشهادة عليه، فأما في الوصية، فإنه إذا قال: ساجي الطرازي أو عبدي فلان فلا يعرف بعينه، فهو كمن قال: ساج من سيجاني، أو عبد من عبيدي صدقة على فلان، فيكون شريكاً فيهم أجمعين، فإن كانوا عشرة فبعشرهم وإن كانوا عشرين فبنصف عُشرهم. قال: وإنما هذا عندنا من نحو الرجل يوصي بعتق عبد من عبيده ولا ينصه، فإن كانوا عشرة عتق عُشرهم بالسهم، وإن كانوا خمسة عتق خُمسهم بالسهم، بالغاً ما بلغ من عددهم، قلت: أتجريه في الصدقة مجرى العتاقة إذا هلك بعض السيجان أو بعض العبيد، فيكونون شركاء فيما بقي منهم بقدر السهم الذي كان وجب لهم؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: إذا سمى الشهود العبد أَو الثوب ولم يعينوه من جملة الثياب والعبيد، ولا عينه الميت لهم، واتفقت أسماء العبيد أو صفات الثياب، فقال في هو؟ الرواية: أن ذلك بمنزلة أن يقول: عبد من عبيدي حرّ، أو ثوب من ثيابي لفلان، ولا أعرف في هذا نص خلاف، إلا أن يدخل فيه الخلاف بالمعنى، فإن أدْخلنا فيه الاختلاف بالمعنى، تحصل في المسألة ثلاثة أقوال في الصحة، وثلاثة أقوال في المرض أيضاً. أحدها: إن الشهادة لا تجوز، والثاني: منها جائزة، والثالث: الفرق بين أن يعينه المشهود عليه للشهود، فينْسوهُ، أو لا يعينه لهم وسميه باسمه، فيوجد له عبيد بذلك الاسم، سِواه. وأما إن عينه الموصي للشهود في صحته أَو في مرضه، فنسيه الشهود، أو عينه المشهود عليه للشهود في غير الوصية فنسُوه أو شكوا فيه ففي ذلك ثلاثة أقوال: أَحدها: إن الشهادة باطلة في الوصية بعد الموت، وفي الشهادة في الصحة في غير الوصية. روى ذلك أصبغ عن ابن القاسم، وهو قول أشهب في أول سماع سحنون، وقول ابن كنانة في المجموعة. والثاني: إن الشهادة عاملة في الوجهين جميعاً، وهو قول ابن القاسم في أصل الأندية من كتاب الأيمان بالطلاق، وقول ابن وهب في

رسم الوصايا والأقضية من سماع أَصبغ من كتاب الصدقات والهبات؛ لأنه إذا جازت الشهادة في الصحة، فأحرى أن تجوز في الوصية بعد الموت. والثالث: الفرق بين الشهادة في الصحة وبين الشهادة في الوصية بعد الموت.

وقد مضى هذا في رسم سلف من سماع عيسى من هذا الكتاب، وفي رسم يدير من سماع عيسى أيضاً من كتاب المديان والتفليس. فعلى القول يجوز الشهادة، وهو قوله في هذه الرواية، يكون الحكم في ذلك حكم من قال في مرضه: عبد من عبيدي حرّ، أولى ساج من سيجاني لفلان، وفي ذلك ثلاثة أقوال: أحدها: قوله في هذه الرواية: إنهم إن كانوا ثلاثة، عتق ثلثهم بالسهم، خرج فيه واحد أو أقل أو أكثر، أو رُبعهم إن كانوا أربعة أو خُمسهم إن كانوا خمسة. أو نصفهم إن كانوا اثنين، إلاَّ أن يحمل نصفهما الثلث، فيعتق منهما بالسهم ما حمله الثلث، وكذلك في الثياب عن هذا القياس، ومثله في العتق الأول من المدونة في باب السهم. والقول الثاني: إنه يعتق منهم واحد بالسهم. قلَّت قيمته أو كثرت، إلا أن يكون أكثر من الثلث، فيعتق منه قدر الثلث، وكذلك إن أوصى بعتق عدد سماه فن عبيده، يعتق عددهم بالسهم، ولا ينظر في ذلك إلى الجزء، وهذا القول بأن في كتاب الوصايا الأول من المدونة. وقد قيل إنه يقوم أيضاً بدليل من كتاب العتق الأول منها، ذهب إلى ذلك ابن لدبابة وليس ذلك عندي بصحيح. والقول الثالث: انه من أوصى بعتق عبد من عبيده، عتق من كل واحد منهم ثلثه من كانوا ثلاثة، أو ربعهُ من كانوا أربعة، على الحصص دون سهم، لا على الأجزاء، ولا على العدد. وهو الذي يأتي على ما مضى في رسم سلف من سماع عيسى، ويختلف متى ينظر إلى عددهم؟ فقيل يوم التقويم، ومن مات منهم قبل ذلك فكأن لم يكن، وهو مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك في المدونة وغيرها، وقيل يوم أوصى، ولا يلتفت إلى من مات بعد ذلك وقبل التقويم، وهو قول ابن الماجشون، وابن كنانة، فهذا تحصيل القول في هذه المسألة وبالله التوفيق

مسألة:

وقال في الرجل يوصي لرجل بثلث ماله، ولرجل بعبد له، فأجاز الورثة الوصية كلها، إنه ليس عليهم أن يخرجوا لصاحب الثلث إلا ثلث جميع المال، يُحسب على الموصى له بالثلث في وصيته ثلث العبد الموصي به للرجل الآخر، وليس عليهم أن يوفروا له قدر ثلث الميت، ويخلص للموصي له بالعبد ذلك العبد، ولكن إذا بروا من ثلث جميع المال سوى العبد الموصى له بالثلث، وبروا من العبد إلى الموصى له به،

فقد أجازوا الوصية، ثم تصير الدعوى في ثلث العبد بين الموصي له بالعبد، والموصي له بالثلث، فكلاهما قد أوصل له بثلث العبد؛ لأن الثلث يجري في جميع مال الميت، فيكون للموصى له ثلثاً، ويقسم ثلثه بينه وبين الموصى له بثلث مال الميت؛ لأن ذلك الثلث قد أَوصى به لهما جميعاً من العبد، فلذلك قسم بينهما.

قال محمد بن رشد: سحنون يقول إنه إذا أجاز الورثة، كان العبد للموصى له به، والثلث كامل للموصى له به، ولا يحمل على أنه أدخل للموصى له بالثلث على صاحب العبد، ولا يكون رجوعاً عن العبد، وبذلك قال أشهب، وهو الذي يأتي على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة، ورواية علي بن زياد عنه فيها أيضاً في الذي يوصي بسدس ماله لرجل، وبعبده لرجل وقيمته نصف الثلث، إن العبد يكون كاملاً للموصى له به، ويكون الموصي له بالسدس شريكا للورثة بالخمس؛ لأن الواجب في ذلك على قياس رواية يحيى هذه، أن يكون للموصى له بالعبد خمسة أسداسه، وللموصي له بسدس المال، سدس ما سوى العبد من المال، ويكون سدس العبد بينهما. وقد روى ذلك أصبغ عن ابن القاسم، وأنكر ذلك محمد بن المواز، ولم يعجبه. فقال: إنه يأخذ الموصى له بالعبد جميع العبد، وللآخر خمس العين، وذلك مائة دينار. قاله إذا كانت قيمة العبد مائة دينار، وباقي مال الميت خمسمائة دينار، ولم يختلف إذا أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بمائة دينار، فأجاز الورثة ذلك، كان عليهم أن يدفعوا الثلث كاملاً للموصى له بالثلث، والمائة كاملة، للموصى له بها، لا يدخل عليه الموصى له بالثلث في شيء منها، وإجماعهم على الوصية بالعين مع الثلث إذا أجاز ذلك الورثة، يقضي على اختلافهم في الوصية بالعرْض المعين مع الثلث، إذا أجاز ذلك الورثة. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في الرجل يوصي لقوم بوصايا: لرجل بدارٍ، ولرجل بعبد، ولرجل بحائط، وما أشبه هذا من العروض، ولم يوص لأحد منهم بدنانير، ولا بدراهم، فضاق الثلث عن الوصايا، فلا يجيزها الورثة، فيردون إلى المحاصة في الثلث: إن وصاياهم تجعل لكل واحد منهم في الذي أوصى به لهم، يتحاصون في ثلث مال الميت، فيضرب كل واحد منهم بقيمة ما أوصى به، فإذا عرف ما ينوبه في المحاصة من قيمة وصيته، جعل ذلك له في الذي أوصى له به خاصة، لا ينقل منه إلى غيره. قال: وإن كان أوصى لهم بمثل هذه الوصايا، وأوصى لرجل معهم بمائة دينار، فقطع الورثة لهم بالثلث، تحاصوا

فيه، وقطع لهم الثلث من جميع مال الميت، ولم توضع وصاياهم فيما سمى لهم خاصة؛ لأن الثلث لا بدَّ من أن يباع أو بعضه من الذي أوصى له بالمائة الدينار، فلذلك حالت وصاياهم، فصارت في الذي أوصى لهم به وفي غيره من جميع مال الميت.

قال محمد بن رشد: لم يفرق في المدونة هذه التفرقة، وذكر أن قول مالك اختلف في ذلك، فتفرقته في هذه الرواية قول ثالث في المسألة. ولو ترك الميت من الناض ما يخرج منه المائة الدينار التي أوصى بها للرجل، لكان ذلك بمنزلة إذا لم يوص بعين؛ لأنه علل ما ذهب إليه من التفرقة بين أن يكون أوصى بعين أو لم يوص به، فإن الثلث لا بدَّ أن يباع أو بعضه فيما أوصى به من العين. وسيأتي في الرسم الذي بعد هذا وفي أول رسم من سماع أصبغ، إذا أوصى من العين بأكثر من ثلث ما ترك منه، والكلام عليه. وبالله التوفيق.

ومن كتاب المكاتب

قال: وسألته عن الرجل يعتق عبداً له إلى أجل، ثم يوصي في مرضه بوضع الخدمة عنه وبعتاقة عبيد سواه يحاصهم أيهم يبدأ؟ قال: أرى له المحاصة مع الموصى لهم بالعتاقة، وأما إن كان معه مبتول العتاقة، أو مدبَّر مهم يبدؤون عليه. قلت: فما يحسب في ثلث سيده مما يحاص به، وقيمته أم قيمة الخدمة مما بقي من أجلها؟ قال: بل قيمة الخدمة.

قال محمد بن رشد: إنما قال: إن المعتق إلى أَجلٍ، إذا أوصى له بوضع الخدمة عنه يتناص مع الموصى بعتقهم؛ لأن المعتق إلى أجل أحكامه أحكام العبد في جميع الأشياء، فلا فرق في التأكيد بين أن يوصي بتعجيل عتقه، وبين أن يوصي بعتق عبد آخر، فوجب أن يتحاصا إن ضاق الثلث عنهما، والقياس على هذا أن يحاص بقيمة رقبته، لا بقيمة خدمته، وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك في رسم إن أمكنتني من سماع عيسى من كتاب العتق. وقال أشهب فيه: لا يقوم في الثلث إلا قيمة خدمته، مثل قول ابن القاسم في هذه الرواية، وهو أظهر؛ لأن العتق في الرقبة قد ثبت، وإنما بقي لسيده فيه الخدمة، ووجه القول الآخر ما ذكرناهُ مِن أَن الحرية تبَع للرق، وأما قوله: إنه إن كان معه مبتول العتاقة، يريد: في المرض، أو مدبر، فهم يبدؤون عليه، يريد وعلى الموصي بعتقه، فالوجه فيه، إن له أن يرجع على الموصى بعتقه وعن الموصي بوضع الخدمة عنه، وليس له أن يرجع عن المدبر، ولا عن المبتل في المرض، وقد قيل: إن له

أن يرجع عنه، فعلى هذا القول، يتحاص الموصى بوضع الخدمة عنه. والموصى بعتقه، والمبتل في المرض.

وقد مضى هذا في رسم العتق من سماع عيسى، وفي رسم طلق ابن حبيب من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

مسألة:

قال يحيى: وسألته عن الرجل يوصي لرجل بعشرة دنانير، فيموت ولا يترك إلا مالاً غائباً أو ديوناً على الناس، فيريد الموصى له بالعشرة أَن يتعجلها، ويقول الورثة: إذا تقاضينا أعطينا لها قال يخيَّر الورثة بين أن يعجلوها وبين أن يقطعوا له بالثلث، فينظر قدوم الغائب، أو يتقاصاها لنفسه، بمنزلة الإخوة للأم في فريضة ثلثهم.

قال محمد بن رشد: قوله: ولا يترك إلا مالاً غائباً أو ديوناً على الناس، معناه: لا يترك مالاً تخرج العشرة من ثلثه، إلا بماله من المال الغائب، أو الديون فقوله: يخير الورثة بين أن يعجلوها وبين أن يقطعوا له بالثلث، معناهُ أنهم يخيرون بين أن يعجلوها من الناض الذي ترك، وإن أحاطت به، وبين أن يقطعوا له بالثلث، ولو لم يكن له ناض أصلاً لما لزمهم أن يعجلوا له العشرة من أموالهم، وإنما عليهم أن يعجلوها له من أول ما يقبض من الديون، وأن يبيعوا فيها أعجل ما يمكن بيعه من العروض، وكذلك يبيعون فيها من الديون إن كانت مؤجلة. هذا معنى قول ابن القاسم- في هذه الرواية، وهو مذهبه في المدونة لأنه قال فيها: إن الرجل إذا أوصى للرجل من النقد بما لا يحمله ثلث ما ترك من العين، خير الورثة بين أن يعجلوا له ذلك، أو يقطعوا له بالثلث من جميع مال الميت، ومثله حكى أصبغ عنه وعن مالك وأصحابه كلهم في صدر سماعه بعد هذا من هذا الكتاب، وهو قول سحنون، قال: إذا أوصى الرجل بوصية، وماله ناض وعرْض، فاراد الموصى له أخذ الناض، وقالت الورثة: لا نرضى في العروض ونأخذ العين، فإنه يقال لهم: إن شئتم أن تسلموا العين، وإلا فاخرجوا الثلث كله، وزعم أنه أصل من العلم جسيم قال: وهو بمنزلة العبد يجني جناية تسوى درهمين، فيقال للسيد: افتكَّه، وإلا فاعلم العبد بالجناية. وذهب أصبغ إلى أنه لا يلزم الورثة أن يدفعوا إلى الموصى له بالعين إلا ثلث الناض، وثلث كل ما ينض، إلى أن يستوفي وصيته، ولا يقال للورثة: إما أن تعجلوا للموصي له وصيته من العين، وما أن تقطعوا بجميع الثلث، إلا أن يكون الذي أوصى له به من العين معيناً، مثل أن يقول: ادفعوا إليه المائة التي تركت ناضة، أو التي لي عند فلان، وما أشبه ذلك، ولا اختلاف في الدنانير المعينة أنه

يلزم الورثة أن يدفعوها إليه أو يقطعوا له بجميع الثلث، وإنما الاختلاف في غير المعينة على ما ذكرناه، فذهب أصبغ إلى أنه لا يلزم أن يعجلوها له، وهو قول ابن القاسم في رواية ابن أبي جعفر عنه، فإنه قال: سألت ابن القاسم عن رجل أوصى لرجل عشرين ديناراً، فلم يكن له من الناض إلا ثلث دينار، أو له دين على الناس، فطلب الموصى له أن يعطى ما أوصى له به، قال: ينتظر حتى يبيعوا ويقتضوا وليس له أن يراكضهم وإنما ذلك في الديون الغائبة التي يعطى ما سمى له أو يقطع له بالثلث وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية

قال يحيى وسألت عبد الله بن وهب عن امرأة خرجت من الأندلس تريد الحج، ثم تسكن الشام، فكتبت عند خروجها كتاباً لبني زوجها وليس لها ولد، إن أصابها قدَرها في وجهتها، فلهم من رقيقها كذا وكذا رأساً سمتهم لهم، وجعلتهم في أيديهم وحازتهم لهم ليكون لهم منفعتهم، وتركت رقيقاً سواهم وأنصباً في قرى، فلما بلغت مصر، كتبت إلى رجل من الأندلس، تأمره في كتابها ببيع ما كان لها بالأندلس من رأس أو غيره، ولم تذكر في كتابها الذي أوصت به لبني زوجها أن يباع أو يترك، فأراد وكيلها بيع ما في أيدي بني زوجها من الرقيق التي أوصت بها لهم. وقال: إنها قد فسخت عليكم الوصية، إذ أمرت ببيع ما خلفت بالأندلس، وقال بنو زوجها: إنها قد تركت بالأندلس غير الذي أوصت به لنا، فذلك الذي أمرت ببيعه، ولم يذكر بيع ما أوصت به لنا ولو أرادت أن يباع ذلك لذكرته، في كتابها باسمه، ولها بالأندلس رقيق وعقار، فذلك الذي أمرت ببيعه وسكتت عما في أيدينا، قال ابن وهب: أرى أن يوقف الرقيق التي أوصت بها لبني زوجها في أيديهم بحالها، ويكتب إليها لتبين أمرها ويمنع الوكيل من بيعها، فإن رجعت عن وصيتها كان ذلك بيدها، وإن أمضت فالأمر إليها.

قلت: أرأيت إن ماتت قبل أن يعرف رأيها؟ قال: الوصية ماضية في ثلثها إذا لم يثبت رجوعها عن الوصية بالأمر البيِّن حتى ماتت. وسألت عن ذلك ابن القاسم فقال: أرى الذي كتبت به من بيع كل ما كان لها بالأندلس نقضاً لوصيتها؛ لأن تلك الرقيق من مالها حتى تموت فتثبت الوصية لأهلها، ومما يبين ذلك أنها لو أشهدت في موضعها الذي سكنت أو في سفرها بعد تلك الوصية أني قد تصدقت على فلان بكل مالي بالأندلس، إن ذلك يؤخذ منهم، وتكون الصدقة أثبت من الوصية، ولو أعتقت كل ما كان لها بالأندلس من رأس، لوجب العتق بجميع الرقيق، وكان ذلك نقضاً للوصية.

قال محمد بن رشد: قد استدل ابن القاسم لقوله بما ذكره من التعلق بظاهر ما كتبت له، إذا أمرت ببيع كل ما كان لها بالأندلس من رأس، فرأى ذلك نقضاً لوصيتها؛ لأن تلك الرقيق من مالها. وقول ابن وهب عندي أظهر؛ لأنها لما أوصت لبني زوجها بما أوصت به لهم من رقيقها وحوزتهم إياهم لتكون لهم منفعتهم طول حياتها، وجب لهم الانتفاع بها حياتها، ولم يكن لها أن ترجع عنه بأن تأمر وكيلها ببيع الرقيق بعد موتها إذ قد وهبت منفعتهم حياتها هبة صحيحة مقبوضة، وإن كان لها أن ترجع عن الوصية بالرقيق لهم بعد موتها؛ لأن من أخدم رجلاً عبدا حياته وحوزه إياه، فليس له أن يرجع فيه، فلما لم يصح لها ما كتبت به من بيعهم وإخراجهم عن أيديهم طول حياتها وبطل توكيلها على ذلك بقيت الوصية على حالها. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال يحيى: وسألت ابن وهب عن رجل كان وصياً لأبيه فزعم أنه باع وصيفة لأخت له كانت في حجره، كان يليها يوم باع، فزعم أنه باعها بمائتي دينار، وأنه اشترى لها بثمن الوصيفة رأسياً بمائتي دينار، وزاد من عنده سبعين ديناراً، فسئل البينة على ما ذكر من ذلك، فأَتى بشهودٍ، فشهدوا أنه أدخلهم على أخته تلك، فأشهدهمْ عليها أنه قد اشترى لها رأسيْن بمائتي وسبعين ديناراً، فسئل الشهود عن تفسير ما أشهدهم عليه، أذلك من ثمن الوصيفة أم لا؟ فقالُوا: لا علم لنا، إنما أشهدنا عليها بأنه اشترى لها رأسين بمائتين وسبعين ديناراً فقبلت ورضيت، وقبضت الرأسين، ثم ادعت الأخت بعدما خرجت إلى زوجها، أن ثمن الوصيفة قبله، وأن الذي اشترى لها به الرأسين من غير ذلك من مورثها أو غيره، فجاء الوصي بالبراءة مِن لجميع مورثها، وزعم أن ابتياعه الرأسين لها بعد قبضها مورثها من أبيها ولم يكن لها عنده إلا مورثها، وثمن الوصيفة التي باع لها، فهل ترى أن يبريه ما شهد به الشهود من ثمن الوصيفة أم لا يكون له براءة حتى يشهد الشهود أن الرأسين من ثمن الوصيفة بعينها؟ قال: أما إذ هو وصي ناظر. فأرى أن يحلف بالله ما اشترى الرأسين لها إلا من ثمن الوصيفة، ويبرأ من ثمنها إلا أن تأتي أخته بالبينة أن لها قبله شيئاً سوى ثمن الوصيفة، فينظر لها. قلت: فالسبعون ديناراً أتي زعم أنه زادها من عنده، ويتبعها بها؟ قال: إن مالك الرأسان اللذان اشترى لها بالمائتين والسبعين، فلا تباعة له قبلها في السبعين، من أجل أنه أرادها من له بغير أمرها وفي حين ولايته، ولم يكن ينبغي له أن يشتري عليها بأكثر ممَّا لها قبله، فيجعلها غارمةً مطلوبة بديْن: قال: وإن كان الرأْسان بحالهما لم يتغيرا خيرت، فإن شاءت غرمت

السبعين، وحبست ما اشترى لها، وإن كرهت ردتهما وأغرمته المائتي دينار ثمن وصيفتها. قلت: أرأيت إن رضي أن يمضيها لها والمائتي دينار، وتسقط عنها تِبَاعتُه في السبعين التي زاد من ماله، ويلزمها حبسها أم ترد عليه الذي كان من زيادته في الثمن بغير أمرها؟ فقال: يلزمها حبسها؛ لأنه لا عدد لها في ردها إذا أوضع عنها تباعته فيما زاد بغير أمرها. قال: وسألت عن ذلك ابن القاسم فقال: أرى يحلف بالله لقد أدخل المائتي دينار ثمن الوصيفة في الرأسين، ثم يبرأ. فقلت: لابن القاسم: فالسبعون الدينار، أيتبعها بها؟ قال: لا أرى ذلك عليها، وذلك أنه إن كانت البراءة قبل بيع الوصيفة فهو أمر طال به لها، أو شيء تورَّع عنه كان عنده من مالها، وإن كانت البراءة بعدما اشترى الرأسين ودفعهما إليها، فالبراءة حسم لما كان لها قبله من مورثها ومن ثمن وصيفتها، ونرى السبعين حينئذ قد دخلت في البراءة، فلا تباعة لواحد منهما قبل صاحبه بعد أن يحلفا.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أن الرجل كان وصياً لأبيه على أخته، وكانت في حجره، فلما خرجت إلى زوجها وملكت أمر نفسها، ادعت عليه أنه كان باع لها وصيفة إذا كان ناظراً لها بمائتي دينار، ولم يدفع إليها ثمنها، فزعم أنه باعها بمائتي دينار، كما ذكرت، وأنه اشترى لها بثمن الوصيفة رأسين بمائتي دينار، وزاد من عنده سبعين ديناراً، وأتى على ما ذكر من ذلك، بشُهود فشهدوا أنه أدْخلهم على أخته، فأشهدهم عليها بما ذكر من أنه اشترى لها رأسين بمائتين دينار، وسبعين ديناراً، فقبلت وقبضت الرأسين، ولم يعلم الشهود إن كان ذلك من ثمن الوصيفة أم لا، فلما شهد له عليها بهذا، ادعت أنه إنما اشترى لها الرأسين مما كان لها بيده من مورثها، وغير ذلك من غير ثمن الوصيفة، فأتى هو بالبراءة من جميع مورثهما، وزعم أن ابتياعه الرأسين لها كان بعد أن ملكت أمر نفسها، وبعد أن قبضت مورثها فهي تقول: المائتان والسبعون التي اشترى بها الرأسين وأشهد عليّ بقبضها، إنما هي من غير ثمن الوصيفة وثمن الوصيفة باقٍ عنده، وهو يقول: لم يكن لها عندي غير ثمن الوصيفة، فقد ابتعت لها بذلك الرأسين بسبعين ديناراً، زدتها من مالي سلف لها فهي تطالبه بثمن الوصيفة، وهو يطالبها بالسبعين، فرأى ابن القاسم أن يحلفا جميعاً، ولا يكون لواحد منهما على صاحب تباعا، يحلف هو لقد دخلت المائتان ثمن الوصيفة في ثمن الرأسين، إذ لم يكن بقي عنده لها من تركة أبيها سوى ما دفعه إليها وأتى بالبراءة منه، وتحلف هي على ما ادعت من أنه إنما اشترى لها الرأسين بالمائتين وسبعين مما كان لها عنده سوى ثمن

الوصيفة. وقد بيّن ابن القاسم وجه قوله في أن السبعين تسقط عنها بيمينها بتوجيه ظاهر، وذلك أنه لما ابتاع لها الرأسين بأكثر من ثمن الوصيفة، ودفعها إليها، ولم يذكر لها الزيادة حتى قامت تطلبه بالأصل، كان ذلك شبهة لَها، توجب أن تسقط عنها بها الزيادة مع يمينها، ولم ير ابن وهب هذه شبهة توجب أن تسقط عنها بها الزيادة مع يمينها. فقال: إن القول قوله مع يمينه في أن الرأسين من ثمن الوصيفة، إذ لم يكن لها عنده مال سواه من مورث ولا غيره كما ادعت، فإذا حلف برئ من ثمن الوصيفة وكان له معها في الزيادة التي زاد في ثمن الرأسين، حكم من أمر رجلاً أن يبتاع له عبداً فاستاء أكثر مما أمره، بزيادة لا تزاد على مثل الثمن، ودفعه إليه ولم يعلمه بالزيادة، حتى فات بموت أو عتق، إنه لا شيء له منها عليه. وقوله: إن كان الرأسان بحالهما لم يتغيرا خبرت إلى آخر قوله، يحتمل أن يكون معناه إذا قام عليها بالزيادة، وطلبها منها بقرب ما دفع إليها الرأسين، على ما مضى القول فيه في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات. وقول ابن القاسم أظهر أن الزيادة تبطل، إذ لم يذكر ذلك لها حتى قامت تطلبه. وفي المبسوطة ليحيى بن يحيى أن قول ابن القاسم أحب إليه من قول ابن وهب، وبه يقول: وإنما اختاره عليه للمعنى الذي ذكرناه. والله أعلم.

مسألة:

وسألته عن الذي يوصي بوصايا وعتاقه، فتنفذ الوصايا والعتاقة، ثم يطلع على الموصي دين يحيط بماله، وقد شهد العبيد المعتقون على حقوق، فطال زمان ذلك، فاقتسم الورثة، ونما ذلك في أيديهم أينقص أو استهلك، فقال: ترد الوصايا التي أخذ أهلها منها بحال ما توجد في أيديهم، نامية أو ناقصة وما هو منها فلا ضمان عليهم فيها إلا أن يستهلكوا شيئاً فيغرموه أو يكونوا اشتروا شيئاً فحُوسبوا به في وصاياهم، فيكون لهم نَماؤُه، وعليهم ضمانه، ويردون الثمن الذي حوسبوا به، قال: والورثة بهذه المنزلة فيها اقتسموا ما أخذوا على حال الاقتسام، فنَماؤه للغرماء، ولا ضمان على الورثة فيه، إلا أن يستهلكوا. شيئاً، فيكون عليهم غرمه، وما اشتروا على حال البيع، وليس على وجه الاقتسام، فنماؤه لهم وضمانه عليهم، يغرمون الثمن الذي كان وجب لهم. قال: وما اقسموا من ناض ذهب أو وَرِق أو طعام أو إدام، فإنهم يغرمون ذلك كله، وإنما يوضع عنهم ضمان ما هلك من العروض والحيوان والعقار الذي يقسم بالقيمة، قلت: أرأيت ما اقتسموا من العروض بالقيمة فغابوا عليه، ولم يعرف هلاكه إلا بقولهم، أيبرأون من ضمانه؟ أو الطعام أو الإعدام الذي يوجب عليهم ضمانه، وتراه كالذهب

والورق إذا عرف هلاكه بعينيه، أيبرأون من ضمانه؟ فقال: ضمانهم في كل ما غابون عليه كضمان المرتهن والمستعير، وبراءتهم مما عرف هلاكه بالبينة، كبراءة المرتهن والمستعير، وحالهم فيما لم يغب عليه كحالهما.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة متكررة على نصها في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب القسمة، ومضى الكلام عليها هناك مستوفىً، فلا معنى لإعادته. وظاهر هذه الرواية أن العتق يرد وإن طال زمانه. وقد روى أشهب عن مالك في رسم الأقضية الأول من كتاب المديان والتفليس في الذي يعتق وعليه دين يغترق ماله، وتطولُ المدة، من العتق لا يرد، والذي يعرف من قول ابن القاسم، وروايته عن مالك، أن العتق يرد دون تفرقة بين قرب ولا بعد، وقد قيل: من قول ابن القاسم ليس بخلاف لرواية أشهب، وأن معنى قوله: إذا لم يطل الأمر: وقد مضى الكلام على ذلك هذا لك، وظاهر هذه الرواية أنه لا ضمان على الموصي فيما نفذ من الوصايا إذا طرأ دين يردها خلاف ما مضى في رسم الأقضية من سماع أشهب قبل هذا من هذا الكتاب. وسيأتي من هذا المعنى في سماع موسى، وفي سماع أبي زيد الاختلاف من قول ابن القاسم فيه، قرب آخر الرسم الأول من سماع أصبغ وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله أول عبد ابتاعه فهو حر

قال: وسألته عن الوجل يوصي بأكثر من ثلثه بإذن ورثته، ثم صح صحة بينة معروفة. وقد كتب بالذي أوصى به كتاباً فأقره حين صح ثم مرض بعد ذلك، فمات من مرضه الآخر. أيلزم الورثة ما أحاطوا له في وصيته التي صح بعدها أم لا؟ فقال: لا يلزمهم إنفاذه؛ لأنه قد صح صحة بينة، وملك القضاء في جميع ماله، واستغنى عن استيذانهم، فإذا حدث به مرض بعد صحة قد ملك فيها القضاء في جميع ماله، فعليه استيذانهم أيضاً وإلا فقد سقط عنهم ما كانوا أذنوا فيه.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله؛ لأنه إذا صح بعد أن استأذنهم فهو بمنزلة إذا أذنوا له وهو صحيح كمن أقرّ في مرضه لمن لا يجوز له إقراره في المرض، ثم صح بعد ذلك، إن إقراره يلزمه. وقال ابن كنانة بعد أن يحلفوا ما سكتوا إلاَّ عن غير رضى ولا يلزمهم ذلك وهو بعيد وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسألته عن الرجل يوصي فيقول: اشتروا أخي بكذا وكذا ولا يقول: أعتقوه

عني، غير أنه أمر بشرائه أو بشراء بعض من إذا ملكه في حياته عتق عليه، أترى ما أمر به من اشتراكه يوجب له العتاقة؟ قال: نعم يُشترى ويعتق عليه، وذلك إن وجه ما يريد الموصي بمثل هذا، عتاقة الذي يوصي باشتراكه. قلت: أرأيت إن لم يبعه سيده بالذي نص الموصي أن يشترى به؟ فقال: يتربص به وينتظر، لعله أن يبدو له فيه. قلت: وترى انتظاره السنة تجزى؟ قال: ذلك ونحوه وأكثر أحب إليَّ. قلت: فإن أيسر منه أيستحب أن يوضع ذلك الثمن في عتاقة؟ قال: لا أرى ذلك على الورثة، إن شاؤوا فعلوا، وإن كرهوا فهم أحق بذلك الثمن ميراثاً لهم.

قلت: أرأيت لو كان قال: اشتروه ولم ينص ثمناً فامتنع السيد من بيعه بقيمته؟ قال: يلزمه أن يزاد في ثمنه ما بينه وبين ثلث قيمته، فإن امتنع فلا شيء عليهم أكثر ومن ذلك، إلا الاستثناء في أمره والانتظار لرجوعه.

قلت: فإن نص شيئاً يشترى به، فلم يكن في ذلك مبلغ ثمنه، فأجاب سيده إلى بيعه منهم بالمبلغ الذي نص أولاً يحمل الثلث ما نص، فإذا رد ذلك إلى ثلث ماله، كان الثلث لا يبلغ ثمن العبد، فيجيب السيد إلى أن يبيعهم من العبد بقدر الثلث، ويلزمهم أن يشتروا قدر ذلك ويعتقوه؟ قال: أرى ذلك لازماً لهم.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة على معنى ما في المدونة وغيرها، لا اختلاف فيها إلا في وجه واحدٍ منها وهو إذا أبى سيده أن يبيعه بما سمى الموصي من الثمن، أو بزيادة مثل ثلث ثمنه على قيمته، فقال في هذه الرواية: إنه يستأنى به سنة ونحو ذلك، فإن أيس منه رجع الثمن ميراثاً ولم يلزم الورثة أن يجعلوه في عتاقة، إلا أن يشاؤوا، وهو ظاهر ما في كتاب الوصايا الأول من المدونة إن الثمن يرجع ميراثاً بعد الاستيناء لذلك وروى ابن وهب وغيره عن مالك فيه أن المال يوقف ما كان يرجى أن يشترى العبد إلا أن يفوت بموت أو عراق. قال سحنون: وعليه أكثر الرواة. ومثله في الثاني من الوصايا لابن القاسم؛ لأنه قال فيه: بعد الاستيناء والإياس من العبد. ولابن كنانة في المدنية في الذي أوصى أن يشترى عبد بعينه، فيعتق، إنه إن أيس منه بعتقٍ أو موت اشترى به رقبة أو رقاب، فيعتقون عنه؛ لأنه إنما أراد أن يعتق عنه، وجعل ذلك في عبد صالح توسمه، فإن لم يجد سبيلاً إلى اشترائه ففي غيره، وقال: إنما أمرنا بإيقاف الثمن انتظاراً بالغلام، لعله أن يحتاج سيده أو يموت فيبيعه الورثة. قال: فمن أجل ذلك أوقفناه، ولا يدخل قول ابن كنانة في الذي يوصي أن يشتري من يعتق عليه؛ لأنه إنما أراد به عتقه بعينه لقرابته منه، فإذا أيس منه رجع ثمنه

ميراثها قولا واحداً. والله أعلم.

من سماع سحنون وسؤاله أشهب وابن القاسم

قال سحنون: وسألت أشهب عن الذي يقول: أعتقوا عبدي الذي حج معي في وصيتي، وقد علم أنه حج معه عبد إلا أنه لا يعرف، وادَّعى ذلك عبيده. قال: الوصية باطل وهو رقيق.

قال محمد بن رشد: قول أشهب هذا في أن الشهادة لا تجوز، والوصية باطل، معارض لقول ابن القاسم في رسم سلف من سماع عيسى، وليس بمعارض لقوله في رسم يشتري الدور والمزارع من سماع يحيى، ولو كان العبيد كلهم حجوا معه، وكان قد قال في وصيته: أعتقوا عبدي الذي حج معي، لكان بمنزلة إذا قال أعتقوا عني عبدي فلانا وله عبيد بذلك الاسم، وبمنزلة إذا قال: أعتقوا عني عبداً من عبيدي على ما قاله ابن القاسم في رسم يشتري الدور من سماع يحيى. وقد مضى هناك بيان هذه المسألة فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: إذا قال الرجل في وصيته خيروا جاريتي بين العتق والبيع، فاختارت البيع، ثم بدا لها في العتق قبل أن تباع. قال: ذلك لها.

قلت: فإن اختارت العتق، فلم تقوم، ثم بدا لها البيع.

قال: لم أسمعه. وذلك لها عندي.

قلت: فإن اختارت البيع، وقالت بيعوني من فلان، وقالوا نبيعك في السوق. قال: ذلك لهم؟ وليس لها ذلك، ولا يوضع من ثمنها شيء.

قلت: فإن اختارت البيع. فقالوا لها: إذا رضيت بالملك فنحن نحبسك ولا نبيعك، قال: ليس ذلك لهم إلا برضاها، فإن رضيت بترك البيع وأن تكون ملكاً لهم، ثم أحبوا بيعها فذلك لهم.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي أوصى أن تُخَيَّرَ جاريته بين العتق والبيع: إنه لا يلزمها ما اختارت من ذلك، ولها أن ترجع عنه ما لم ينفذ فيها باختيارها بيع أو عتق، هو مثل ما تقدم في رسم القطعان من سماع عيسى، ومثل ما يأتي في أول سماع أصبغ، ولا خلاف في هذا أحفظه. لأن معنى قوله خيروا جاريتي بين العتق والبيع، معناه: أعلموها أني قد جعلت لها الخيار في ذلك، فإذا أعلموها بذلك، كان لها أن ترجع من

كل واحد منهما إلى الآخر ما لم ينفذ لها ما اختارته أولاً وذلك بخلاف تخيير الرجل أمته بين العتق والبيع؛ لأن تخيير الرجل أمته بين العتق والبيع، فإن اختارت العتق لزمه، وإن اختارت البيع لزمها، ولم يكن لها أن ترجع إلى العتق، وإن لم تختر شيئاً حتى انقضى المجلس، جرى ذلك على اختلاف قول مالك في التمليك. ولا إشكال في أنها إذا اختارت البيع فلهم أن يبيعوها ممن شاؤوا إنه لا حقّ لها في أن تباع ممن أحبت إذ لم يوص لها بذلك، ولا يوضع من ثمنها شيء كما قال. وأما إذا اختارت البيع، فأرادوا حبسها فقوله: من ذلك ليس لهم إلا برضاها صحيح؛ لأن لها حقًّا فيما أوصى لها به من بيعها، ولعله أراد أن يُخرجها عن ملكهم لسوء ملكتهم أو لما علم من أنها تكره البقاء عندهم، فيكون قد أراد القُربة بما أوصى به من ذلك، وإنما الاختلاف إذا أرادت هي ألا تباع، هل يلزمهم بيعها، تنفيذاً لما أوصى به الموصي أم لا؟ إذ لا قرابة في الوصية ببيعها إذا لم ترد هي ذلك إذ قد اختلف في وجوب تنفيذ الوصية بما لا قربة فيه من الأمور الجائزات، وفيما يختلفُ هل فيه قربة أم لا على مذهب من لا يرى فيه قربة؟ وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم في الرجل يوصي للرجل ببعض من يعتق عليه، فلا يقبل. قال: إن كان يحمله الثلث عتق.

قلت: فلمن ولاؤه؟ قال: للذي أعتقه، وكذلك قال لي ولا أُطيق خلافه، وهو أعلم منِّي.

قال محمد بن رشد: هذا خلاف نص قوله في كتاب الولاء والموارث من المدونة إنه إن حمله الثلث يعتق عليه، ويكون الولاء له قبله أو لم يقبله. والقولان في الولاء إذا حمله الثلث ولم يقبله في رسم القطعان من سماع عيسى من كتاب العتق. ولكلى القولين وجه، فوجه هذه الرواية أنه لما علم أنه يعتق عليه، فأوصى له به، فقد قصد إلى عتقه، فكان كأنه قد قال: من قبله وإلا فهو حرّ. ووجه ما في المدونة أن الموصي لا علم أنه يعتق عليه إذا ملكه، ولم يكن على يقين من قبوله إياه، حمل عليه أنه أراد عتقه عنه، فكان الولاء له، وكذلك إذا تصدق به عليه أووهبه إياه ولم يقبل، يختلف في الولاء لمن يكون. والقياس في هذا كله إذا لم يقبل أن يرجع في الوصية إلى ورثة الموصي، وفي الهبة والصدقة إلى الواهب، والمتصدق كما قال مالك في رواية علي بن زياد عنه إذا أوصى له بشخص فلم يقبل، ففي المسألة ثلاثة أقوال إذا لم يقبل. قيل:

يرجع إلى الموصي أو الواهب أو المتصدق، وقيل: يعتق على الذي أوصى له به أو وهبه إياه أو تصدق به عليه، ويكون الولاء له، وقيل: يعتق على الموصي وعلى الواهب والمتصدق ويكون الولاء له.

وقد مضى القول على هذه المسألة في رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب الصدقات والهبات. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألت ابن القاسم عن الذي يوصي لرجل بدينار من غلة حائطه، وغلتُه عشرة دنانير، أو بدينار من غلة كل شهر من خراج غلامه. قال: إن ضمنوا له ذلك، وإلا أوقفوا العبد والحائط، وكانت الوصية في ثمرة غلة الحائط.

قلت لابن القاسم: فإن عالت وصاياه ووقعت المحاصة ثم يضرب هؤلاء، قال: يعمرون وينظر إلى ما أوصى لهم به من الغلة، فيتحاصون له، ويضربون بذلك في ثلث المال، إلا أنه في وصيته فيه غلة العبد إنما التعمير في أقصرهم حياة من العبيد إن كانوا أمر حياة أو الموصي له بالغلة أن كان أقصر حياة.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي يوصي لرجل بدينار من غلة حائط معناه حياته، فعلى ذلك يأتي جوابه. وأَما قوله: أو بدينار من غلة كل شهر من خراج غلامه، فإنه لفظ وقع على غير تحصيل؛ لأنه إذا أوصى له بدنانير من غلة كل شهر، فلا اختلاف في أنه لا يجبر ما نقص في العام من العام الذي بعده. وقوله: إن ضمنوا ذلك له، وإلا أوقفوا الحائط، يدل على أن من حقهم أن يأخذوا العبد والحائط فيفوّتهما إن شاؤوا بضمانهم، خلاف ما في رسم الوصية الذي فيه الحج والزكاة من سماع أشهب. ويحتمل أن لا يحمل ذلك على أنه اختلاف من القول، فيكون معنى قول ابن القاسم في هذه الرواية إذا كانوا أمْلياء، يؤمن العُدم عليهم في غالب الحال. ومعنى قول مالك في سماع أشهب إذا لم يكونوا أملياء، وخيف عليهم العُدم والصواب أن يفسر قول ابن القاسم في هذه الرواية بما في سماع أشهب فيقال: معناه إذا رضي الموصى لهم بضمانهم وإنما يوقف العبد والحائط إذا حملها الثلث أو أجاز الورثة الوصية وقوله: إن الوصايا إذا عالت فلم يجزها الورثة ورجع في ذلك إلى التحاص في الثلث، فما قاله من التعمير في ذلك بيِّن. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألت عبد الرحمن بن القاسم عن المرأة توصي لزوجها بالوصية ثم تموت وقد

كان طلقها، فقال ابن القاسم: إن كانت علمت بطلاقه فوصيتها جائزة له، وإن كانت لم تعلم بالطلاق لم تجز الوصية؛ لأنها أوصت يوم أوصت وهي تظن أنه لها وارث، والوصية للوارث لا تجوز قال سحنون: وقال لي أشهب: هي جائزة علمت أو لم تعلم. قال سحنون: وأخبرني القرشي عن المخزومي وابن أبي حازم، وابن كنانة وابن نافع أنهم قالوا: تجوز وصيتها له وهي جائزة.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم في هذه المسألة صحيح، واعتلاله ضعيف، فلو قال: إن وصيتها له لا تجوز، إلا أن تعلم بطلاقها إياها لأنها إنما أوصت له لما بينهما من حرمة الزوجية، ولمَا بين الزوجين من المودة، فأرادت أن تزيده بالوصية على ما فرضه الله له بالميراث، خرجتْ أن يجيز ذلك له الورثة، ولعلها لو علمت أنه يطلقها لما أوصت له بشيء أو قد طرد ابن القاسم اعتلاله في هذا على ضعفه، فقال في المدونة: إنه إذا أوصى لأخيه بوصية وهو وارثه، ثم ولد له ولد يحجبه عن الميراث، فالوصية له جائزة لأنه قد تركها بعد الولادة، فصار مجيزاً لها بعد الولادة فالأظهر في هذه المسألة قول أشهب، والمخزومي وابن أبي حازم، وابن كنانة، إن الوصية له جائزة، وإن لم يعلم بالولادة، والأظهر في أوصت لزوجها ثم طلقها.

قول ابن القاسم: إن الوصية له لا تجوز، إلا أن تكون علمت بطلاقه من أجل ما ذكرناه، لا من أجل أن الوصية للوارث لا تجوز؛ لأن ذلك إنما هو من حقّ الورثه إن أجازوها جازت، ليست بحق الله فتفتسخ على كل حال، إلا أن يجيزها بعد أن علم أنه غير وارث، فكما تبطل وصيته إذا أوصى له وهو غير وارث، ثم صار وارثاً، فكذلك ينبغي أن تجوز إذا أوصى له وهو وارث ثم صار غير وارث، إلا أن يدخل ذلك ما دخل الزوجة توصي لزوجها ثم يطلقهما. وقد روى عن ابن القاسم مثل قول أشهب وابن كنانة وابن أبي حازم وذلك عندي في غير الزوجة وبالله التوفيق.

مسألة:

وقد قال ابن القاسم في وصية الرجل للرجل بدنانير ودراهم، أو بثمر صيحاني وبرني وصية أو وصيتين أرى الصنفين جائزين له، وأرى الدنانير والدراهم جائزة له.

قال محمد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة والقول عليها في رسم الصلاة من سماع يحيى فلا وجه لإعادته وبالله التوفيق.

من نوازل سحنون بن سعيد

وسُئِل عن الرجل يوصي بثلث ماله للمساكين، ويترك دوراً وقرئ هل يباع ثلث

دوره وقراه فيمن يزيد، ثم يعطى ثمنها للمساكين؟ أو تعرض على الورثة؟ فإن أحبُّوا اشتروا، وإن لم يريدوا الشراء قسم الثلث، وبيع فيمن يزيد. قال: بل يقسم ثلث مال الميت، ثم يباع فيمن يزيد، ثم يجتهد في ذلك السلطان للمساكين، ولا يكون الورثة أولى به، وإنما يكون أولى به من زاد في ثمنه، وإنما المساكين ها هنا بمنزلة أحد الورثة. ألا ترى أنه لو أوصى لرجل بعينيه بثلث ماله، لكان الموصى له أولى به من الوارث؟ فكذلك وصيته للمساكين. قال: وسألت أصبغ عن رجل أوصى بثلث جميع ماله في المساكين صدقة، فوقعت الوصية في داره وأرضه، وجميع ماله، فقال ورثته: نحن نأخذ هذا الثلث في الأرضين والدار، لأننا لا نريد الخروج من الدار ولا من الأرضين، أترى أن يعطوا ذلك بقيمة أم يُصبح عليه فيمن يزيد، فيزيدون، ويأخذونه؟ قال أصبغ: لا أرى أن ينادى عليه؛ لأنه يدخل في ذلك الضرر وعلى الورثة إذا علم الناس رغبتهم فيه، زادوا إضراراً بهم، ولا حاجة بهم إلى الشراء، لما يعلمون من رغبتهم فيه. قال: وأرى إن كان الميت وكل بذلك الثلث من يقوم به وبإخراجه وتفريقه أن يُعامل الورثة في ذلك يأتي بشراء فيقومون ذلك، ثم يعطيهم إياه بقيمته، وإن لم يكن الميت جعل ذلك إلى أحد، كان أبوه إلى السلطان، ووكل السلطان به رجلاً ينظر فيه على نحو ما قلت لك، فإن قال الناظر في ذلك: فإني أرى اقتسامهم فأفرز ثلث الدار والأرضين ثم أبيعه مفروزاً. لأنه إنما بثمنه فقال لي ليس ذلك له، وهذا ضرر بهم، ولكن يأخذونه بالقيمة؛ لأن أصل الوصية لم يكن بالرقبة، إنما كانت بمال يخرج، ألا ترى أنه قال ثلث مالي في المساكين صدقة، فقد علم أن ثلث داره لا يقسم في المساكين، وإنما وصيته على المال، فلا أرى أن يقسم، ولا ينادى عليه، ولكن يعطوه بقيمته على العدل؟ قلت: فإن قال: الورثة لا نريده، وتبرؤوا منه، فإن أبى الناظر في ذلك أن يقسمه ثم يبيعه مفروزاً، وقال الورثة: لا بل بعه مشاعاً فتأخذ، إن شئنا شفعتنا. فقال لي: أرى أن يبيعه مشاعاً ولا يقسمه؛ لأن وصيته معناها وقعت على مال، ولم تقع على شرك ولا على ربع، وليس المساكين فيه كرجل أو كرجال بأعيانهم لو كان أوصى بذلك لمن هو بعينه، كان شريكاً لهم إن شاء فأسهم وإن شاء أقره مشاعاً وإن شاء باع وإن شاء أمسك، وإن وصيته للمساكين، إنما وقعت على مال وعلى التفرقة، قال: وأرى إن كان للميت مال سوى الرَّبع من عين أو لمن سقط أو حَرثي أو حيوان مما يباع في الفصول؛ لأن للوصي أن يَسْتوفي من ذلك على ما أحبُّوا أوكرهوا، ولا يحبس ذلك لدعواهم للبيع وللمقاسمة بعد أن يعدل ذلك، فإن لم يكن ثم مالٌ، فهذا الذي يكون

للوصي بيع الربع شريكه كوارثه.

قال محمد بن رشد: قول سحنون هذا، مثل قول مالك في رسم الوصايا من سماع أشهب، خلاف قول ابن القاسم وأصبغ.

وقد مضى هناك تحصيل القول في هذه المسألة، وأنه يتحصل فيها خمسة أقوال فلا معنى لإعادة ذلك. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن الرجل يوصي بوصايا وبعبد آبق. قال: إن كان إباقه قريباً يرجى ضُرب به على الرجاء والخوف.

قال محمد بن رشد: هذا إذا لم يحمل الثلث الوصايا ولا أجازها الورثة، فقطعوا لهم بالثلث، فتحاصوا فيه بقدر وصاياهم، يقوَّم العبد الموصى به، وهو أبق على الرجا والخوف، إن لو كان يحل بيعه على ما هو عليه من إباقه، فيحاص أهل الوصايا في الثلث بتلك القيمة، وأما إن حمل الثلث الوصايا، أو لم يحملها، فأجازها الورثة. فإن العبد الآبق يكون للموصى له به يتبعه، وجده أو لم يجده. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال سحنون في الرجل يوصي بالثوب فيصبغه، أو يكون مصبوغاً فيغسله: إن ذلك لا يحيل الوصية، وأرى الورثة شركاء في الثوب بقيمة الصبغ. وقال غير سحنون: يكون له مصبوغاً. وقال سحنون: إذا قطع الثوب خرجت منه الوصية بالاسم الذي دخله، يكون ملحفة فيصير قميصاً، أو يكون داراً مبنية فيهدمها، أو تكون عرصة فيبنيها، فإن الوصية فيه ثابتة، ويكون الورثة فيه شركاء مع الموصى له بالبنيان. وقال غير سحنون: إذا خرجت العرصة من اسمها حتى تصير داراً فقد خرجت من الوصية، وإذا خرجت الدار من أن تكون داراً وصارت عرصة، فقد خرجت من البنيان، وكذلك الثوب إذا كان ملحفة فقطعه قميصاً، فقد تغير اسمه، وخرجت عنه الوصية. وقول سحنون خير من هذا إن شاء الله.

قال محمد بن رشد: قول سحنون في هذه الرواية، في الذي يوصي بالعرصة ثُمَّ يبنيها، إن الوصية فيها ثابتة ويكون الورثة شركاء مع الموصى له بالبنيان، خلاف قوله في سماع أبي زيد بعد هذا والذي يتحصل في الذي يوصي بالبُقعة، ثم يبنيها، أو بالدار ثم يهدمها، ثلاثة أقوال: أحدها: إن الوصية تبطل في الوجهين جميعاً والثاني: لا تبطل في الوجهين جميعاً، والثالث: الفرق بين المسألتين، فتبطل إذا أوصى بالبقعة ثم بناها،

ولا تبطل إذا أوصى بالدار ثم هدمها، ويختلف على القول في أن الوصية بالعرصة لا تبطل ببنيانها هل تكون لا موصى له ببنيانها أو يكون شريكاً مع الورثة بالعرصة؟ ويختلف أيضاً على القول بأن الوصية بالدار لا تبطل بهدمها، هل يكون له النقض مع البقعة أم لا؟ فقيل: إنه لا يكون له النقض، وقيل: إنه يكون له. وهو قول ابن القاسم في المجموعة وكذلك يختلف في الثوب يوصي به، ثم يصبغه أو يغسله على هذا الاختلاف سواء. قيل: إنه يكون فيه شريكاً مع الورثة، بقيمة الصبغ من قيمة الثوب، وقيل يكون له الثوب مصبوغاً، وهو قول ابن القاسم وأشهب في كتاب ابن المواز وقال أشهب: وكذلك لو غسله أو كانت داراً فجصصها أو زاد فيها بناء؛ لأنه لم يتغير الاسم عن حاله. وأما الثوب يوصي به، ثم يقطعه ويخيطه، فيتحصل فيه ثلاثة أقوال: أحدها: من الوصية تبطل، والثاني: إنها لا تبطل، والثالث: الفرق بين أن يقول شقتي أو ملحفتي لفلان، فيقطع ذلك قميصا أو سراويل، وبين أن يقول: ثوبي لفلان، فيقطعه قميصاً أو سراويل، فتبطل الوصية إذا قال: شقتي أو ملحفتي، ولا تبطل إذا قال ثوبي؛ لأنه إذا قال: شقتي أو ملحفتي فقد انتقل اسمها بما أحدث فيها، إذ لا يسمى القميص ولا السراويلات شقة ولا ملحفة. وإذا قال ثوبي فلم ينتقل اسمه بما أحدث فيه؛ لأن القميص والسراويلات يسمى كل واحد منهما ثوباً، وإذا لم تبطل الوصية على القول بأنها لا تبطل، فيختلف هل يكون له الثوب مخيطاً؟ أو هل يكون مع الورثة شريكاً؟ وليس في هذا شيء يرجع إليه وينبني فيه الخلاف عليه سوى ما يغلب على الظن من أن الموصي أراده بما فعل. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل حضرته الوفاة وله ثلاثة أعبد، فدخل عليه أحد ولده في مرضه، فقال له: أوْصِ فقال ميمون حرّ، ثم دخل عليه آخر من ولده، فقال: أوص، فقال: أحد هؤلاء الثلاثة حرّ، ثم مات، قال: قد قيل: إن الشهادة باطل، وقد قيل يقرع بين الثلاثة، فإن وقع السهم على الذي شهد له أحد الورثة بالعتق فيما اجتمع على عتقه أقسم فيعتق إن كان الورثة رجالاً كلهم، وإن وقع السهم على غيره، فالشهادة باطلة، إلا أن يصير العبد الذي شهد بعتقه لمن شهد له.

قال محمد بن رشد: الاختلاف الذي ذكره سحنون في جواز هذه الشهادة، يتخرج على الاختلاف في جواز تلفيق الشهادة إذا اختلف فيها اللفظ والمعنى واتفق ما يوجبه الحكم، مثل أن يشهد أحد الشاهدين أن له عليه مائة دينار من سلف، ويشهد آخر أن له

عليه مائة دينار من مبايعة، ومثل أن يشهد أحدهما أنه قال: امرأتي طالق إن فعلت كذا وكذا، ويشهد الآخر أنه قال: إحْدى امرأتي طالق إن فعلت كذا وكذا لذلك الشيء بعينه، وله امرأتان، وما أشبه ذلك؛ لأن القرعة إذا وقعت على ميمون، فقد وجب له العتق بشهادة كل واحد منهما، وقد مضى بيان هذا المعنى في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب الشهادات. وقوله: إن كان الورثة رجالاً كلهم صحيح؛ لأنه إن كان في الورثة نساء لم تجز الشهادة باتفاق؛ لأنهما يتهمان جميعاً في جر الولاء لأنفسهما دون من يرث الميت من النساء، إلا أن يكون العبدان ممن لا يرغب في ولائهما وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت لسحنون: كيف تكون القرعة إذا قال: عشرة من رقيقي أحرار، وله خمسون رأساً. قال: إن كانوا ينقسمون، قسموا أخماساً بالقيمة، ثم يكتب جزء العبد، فيكتب فيه العتق ويكتب في الآخر رق، ثم يعطى لرجلٍ لا يقرأ، فيلقي تلك البطائق عليهم، فعلى أي جزء وقع سهم العتق عتق ذلك القسم، وإن كانوا لا ينقسمون قُوّموا كلهم، ثم ينظر إلى الثلث كم هو؟ فإن كان مائة دينار، كتبت أسماؤهم اسم كل واحد منهم على حده، ثم جمعها في كمه، ثم ضرب بيده، فيُخرج واحدة، فينظرون خرج سهمه، فإن كان كفاف الثلث عتق، وإن كان أقل ضرب بيده ثم أخرج أخرى.

قال محمد بن رشد: هذا بَيِّنٌ على ما في المدونة وغيرها، ولا اختلاف فيه، فقد يخرج في الثلث على هذا بعض عبد إن كان الذي خرج سهمه قيمتُه أكثر من الثلث، وقد يخرج فيه عبد كامل لا أكثر ولا أقل، إن كانت قيمة الذي خرج سهمه من الثلث سواء، وقد يخرج فيه أكثر من عبد إن كان الذي خرج سهمه قيمته أقل من الثلث؛ لأنه يعتق الذي خرج سهمه، ثم يضرب مرة ثانية، فإن كان الذي خرج سهمه أقل مما بقي من الثلث أعتق أيضاً ثم يضرب مرة ثالثة، وهكذا أبداً حتى يعتق من العبيد مبلغ الثلث وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل سحنون فقيل له: لو أن رجلاً أوصى لرجل بداره في مرضه، ثم هدمها، ثم بناها كما كانت أول مرة، ثم مات من مرضه ذلك، هل ترى ذلك نقضاً لوصيه؟ فقال: أما الذي أقول أنا إذا بناها إن الموصى له بالدار له قاعة الدار، ولا يكون له البنيان؛ لأن القاعة لم يزلها عن حالها، وإنما غير البنيان وأزاله عن حاله، فقد نقض وصيته في

البنيان. قيل له: أرأيت لو أوصى له في مرضه بعرصة لا بناء فيها، ثم بناها داراً في مرضه، هل يكون هذا نقضاً؟ قال: نعم. يكون هذا نقضاً لأنه قد أحال العرصة من حالها فقد نقض وصيته.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه إذا أوصى له بعرصة ثم بناها، إن ذلك يكون نقضاً لوصيته، هو خلاف قوله قبل هذا، ومثل ماله في سماع أبي زيد، ولا يدخل هذا الاختلاف من قوله في هذه المسألة في المسألة الأولى التي أوصى بداره لرجل، ثم هدمها، ثم بناها؛ لأنه إنما لم ينقض وصيته في العرصة ببنيانه إياها على قوله فيمن أوصى لرجل بعرصة ثم بناها؛ لأنه لم يوص له بعرصة، وإنما أوصى له بدار، ثم هدمها، فصارت عرصة، فلم ير أن تنتقد وصيته ببنيانه لها.

وقد مضى قبل هذا تحصيل القول فيمن أوصى لرجل بعرصة ثم بناها أو بدار ثم هدمها، فلا معنى لِإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل سحنون عن رجل أوصى لعبده بثلث ماله، وللعبد ولدٌ، هل يقدم عتق العبد في الثلث قبل الابن، أو يدخلان فيه جميعاً؟ قال: بل يكون الأب أولى بالعتق في الثلث، فإن بقي من الثلث شيء دخل فيه الابن في العتق بالغاً ما بلغ.

قال محمد بن رشد: قد تقدم قول سحنون هذا في رسم الرهون الأول من سماع عيسى، ومضى الكلام عليه هنا، فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن رجل من أهل الأندلس هلك بمصر، وأوصى لرجل بمتاعه، وأمره أن يوجه متاعه إلى ورثته، ولا يحدث فيه بيعاً فقام الوصي فباع ذلك المتاع، واشترى لنفسه أكثر ذلك المتاع، وضمنه نفسه على حال ما أعطى به، فوجه الوصي ذلك المتاع بعينه إلى أهل نفسه، وأمرهم أن يبيعوا ذللت المتاع، ويقضوا ورثة الميت بمصر فعثر ورثة الميت على ذلك المتاع بعينيه، فقاموا يريدون أخذه، أذلك لهم أم لا؟ وقال أهل الوصي قد ضمن صاحبنا وتعدى فيه، وأكرى عليه من أرض نائية، فليس لكم علينا إلا الثمن الذي وقع به هذا المتاع على صاحبنا، فهل ترى لورثة الميت أخذ المتاع منهم أم لا؟ قال سحنون: الورثة يخير بين إن أحبوا أن يأخذوا المتاع بعينيه، فذلك لهم، ولا شيء عليهم من كراء ذلك المتاع، وإن أحبوا كان لهم على الوصي الثمن الذي اشترى به المتاع والقيمة، إن كانت أكثر. قال: وسألت أبا زيد بن أبي العمر عن ذلك، فقال لي

مثله.

قال محمد بن رشد: قوله ويقضوا ورثة ذلك الميت بمصر. غلط والله أعلم، وإنما صوابه بالأندلس على ما ساق عليه المسألة إن الرجل كان من أهل الأندلس، ومات بمصر. وقوله: إن الورثة بالخيار، بين أن يأخذوا متاعهم دون كراء يكون عليهم، وبين أن يكون لهم الثمن الذي اشترى به المتاع، فذلك بأن لا اختلاف فيه؛ لأنه متاعهم بعينه، فلهم أن يأخذوه إن شاؤوا وإن شاؤوا أن يأخذوا الثمن، كان ذلك لهم، من أجل أنه قد ألزمه نفسه ورضي به، وأما قوله: إن لهم أن يأخذوا القيمة إن كانت أكثر من الثمن، فهو خلاف المعلوم من مذهبه في أن من تعدى على متاع رجل، فحمله من بلد إلى بلد، فليس له إلا أخذ متاعه، إذا لم يفت بذلك عنده؛ لأنه رأى نقله من بلد إلى بلد مثل حوالة الأسواق، مثل قول ابن القاسم وأشهب وغيرهما من أصحاب مالك.

وقد مضى تحصيل القول في هذا المعنى في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب الوديعة في العروض والحيوان والرقيق والطعام، فقفْ على ذلك هنالك وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل سحنون عن الرجل يوصي إليه الرجل بماله وولده، فتحضر الوصي الوفاة فيوصي إلى رجل بماله وولده، أو يقول: فلان وصي مجملاً ولم يذكر مال الميت ولا ولده الذين كان أوصى بهم إليه، هل يكون الموصي له وصياً فيما كان هذا فيه وصياً للذي أوصى إليه فيه؟ فقال: لا يكون وصياً إلا في مال هذا الميت إذا لم يذكر في وصيته وأنه وصى على ما أوصى به إلى فلان.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إنه لا يكون وصياً على ما كان أوصى إليه به من مال الرجل وولده وإن اتهم الإيصاء فقال فيه فلان وصي فلم يفسر شيئاً لأنه إنما يحمل على العموم في ماله وولده خاصة لا في مال غيره. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل يقول: إن أصابني قدري في سفري هذا ففلان وكيلي هل يكون وصياً إن أصابه قدره؟ قال: نعم، يكون وصياً وإن لم يقل وصي وهو عندنا واحد.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال؛ لأن الوصي وكيل الميت، فسواء قال في وصيته: إن مت ففلان وصي أو إن مت ففلان وكيلي فكل وصي وكيل. وليس الوكيل بوصي. وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل أوصى إلى رجلٍ بالأندلس، فقال: إن أدركني موت في سفري هذا، ففلان وصي وخرج في سفره، فلما انتهى إلى القيروان مات الموصي ولم يبلغ الموصى إليه خبر موته حتى أدركه أجله بالأندلس، فأوصى بأهله وماله إلى فلان، ولم يسم الهالك بالقيروان؛ لأنه لم يبلغه خبر موته، ولم يعلم به هل يكون هذا الموصى إليه وصيا للميتين جميعاً؟ فقال: لا يكون إلا للذي أوصى إليه.

قال محمد بن رشد: ولو علم بموته، لم يكن الموصى إليه وصياً على ما أوصى به إليه، إلا ببيان على ما تقدم قبل هذا وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل سحنون عن النصراني أله أن يوصي بجميع ماله؟ فقال: ذلك يختلف، أما إذا كان من أهل العنوة فليس ذلك له؛ لأنه ورثته المسلمون إذا مات فليس له أن يغر بميراثه وماله؛ لأنه من أهل العنوة ومن كان أيضاً من أهل الصلح ممن عليه الجزية على جمجمته، وكل واحد منهم إنما عليه شيء يؤديه عن نفسه ليس يؤخذ غنيهم بمُعدمهم، فإن ذلك أيضاً ليس له أن يوصي بجميع ماله، وليس له أن يوصي إلا بثلثه إذا كان لا وارث له من أهل دينه؛ لأن ورثته المسلمون، فيما إذا كان من أهل الصلح، فصالحوا على أن عليهم وظيفة معلومة من الخراج، ليس ينقصُون منها أبداً لموت من مات، ولا لعدم من أعدم منهم وهم بعضهم يأخذون ببعض، فليس يعرض لهم في وصاياهم، وليس لنا أموالهم إن مات منهم أحد ولا وارث له، كان لأهل خراجه، ليقووا في خراجهم؛ لأنهم هم المتخذون بخراجهم وهم بعضهم قوة لبعض.

قال محمد بن رشد: وقع قول سحنون هذا على نصه في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب السلطان، ومضى القول عليه هناك فلا معنى لإعادته هنا. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال سحنون: أخبرني ابن القاسم عن مالك: إذا أسلم أهل العنوة أُخذ منهم دنانيرهم ودراهمهم وعبيدهم، وكل مال لهم. قلت لابن القاسم: أفيجوز بيع رقيقهم؟ قال: أراه جائزاً من قبل أن أمرهم كأنهم تركوا على ذلك وكأنهم أذن لهم في التجارة، وإنما منعوا أن يهبوا أو يتصدقوا أو يفسدوا أموالهم.

قلت: فتزويدهم بناتهم، فقال: إني لا أحبه، وما أراه حراماً.

قال محمد بن رشد: هذه الرواية على نصها قد مضت متكررة في سماع سحنون من كتاب التجارة إلى أرض الحرب ومضى الكلام عليها هناك، فأغنى عن إعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل أوصى عند موته لرجل بألف درهم، وقال: لي عنده عشرون ديناراً، فاقبضوها منه، فأخبر الموصى له بالوصية، وسئل عن العشرين فاذكر أن يكون له عليه شيء قال: يحاسب في الألف الدرهم بالعشرين ديناراً ثم يكون له ما بقي.

قال محمد بن رشد: هذا بيِّن على ما قاله لا إشكال فيه، ولا وجه للقول؛ لأنه لم يوص له بالألف درهم، إلا على أن تؤخذ منه العشرون ديناراً، فإذا أنكر العشرين، لم يكن له من الألف درهم إلا ما زاد عليها. وقد مضت المسألة في رسم الوصايا من سماع أشهب من هذا الكتاب، وفي رسم البيوع الأول من سماع أشهب أيضاً من كتاب المديان والتفليس، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل سحنون عن رجل له عبدان: ميْمون وقيمُون فقال عند موته: ميمون حرّ، وميمون لميمون. ثم مات والثلث يحملها أو لا يحمل إلا واحداً. قال: إن حمل الثلث العبدين أُسهم بينهما فأيهما خرج سهمه بالعتق كان له الباقي. وقد قيل: إنما للحر نصف الباقي، وإن ضاق الثلث عن العبدين فلم يحمل إلا واحداً يرحم حراً.

قال محمد بن رشد: إنما وقع هذا الاختلاف إذا حملهما الثلث، هل يكون للذي خرج السهم جميع العبد. الآخر أو نصفه؟ لاحتمال أن يريد الموصي بقوله: وميمون لميمون أي رقبة ميْمون لميْمون نفسه، فيكون على هذا الاحتمال إنما أوصى لأحدهما بوصيتين: إحداهما برقبته، والثانية بحريته، فتجب هاتان الوصيتان لمن خرج سهمه في القرعة منهما، فالورثة يقولون للذي خرج سهمه منهما، لا شيء لك إلا حريتك؛ لأن الوصيتين جميعاً لك إنما هي بحريتك وبرقبتك، وهو يقول: بل لي العبد الآخر كله؛ لأنه أوصى لي بحريتي وبالعبد الآخر فيقسم بينهما بنصفين، وكذلك على هذا القول إن حمل الثلث العبد الذي خرج سهمه، ونصف الآخر يكون النصف بين العبد الذي خرج سهمه، وبين الورثة. والذي أقول به في هذه المسألة أن لا يكون للذي خرجت له القرعة من العبد الآخر شيء، لاحتمال أن يكون الموصي أراده بالحرية، فلم يصح أن يعطى للذي خرجت له القرعة بالثلث دون اليقين، وأبقيناه للورثة بالثلث، لاحتمال أن يكون هو

المراد بالعتق؛ لأن العتق قد دار بالقرعة إلى الذي خرج سهمه بالسنة. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال سحنون في رجل أقرّ في مرضه بدين لأجنبي لم يكن له عليه بينة وأقر لابنه بدين، قال: إن كان مالهما واحداً فاقتسماهُ رجع الورثة على الابن، فأخذوا منه، ويرجع الابن على صاحب الدين، فيقول: قد استحق مني حقي، فيرجع عليه كذلك حتى ينقلب بغير شيء، وإن كان المال مفترقاً أخذ كل واحد منهما ماله.

قال محمد بن رشد: قوله: إن كان مالهما واحداً فاقتسماه، معناه: إن لم يف ما ترك الميت من المال بما أقرّ به لكل واحد منهما فاقتسماه على حساب ما أقرّ به لكل واحد منهما، فحينئذ يكون ما ذكره من رجوع الورثة على الابن بما أخذه ورجوعه هو على الأجنبي بما يجب له مما أخذه، إذ قد أخذ الورثة منه ما أخذ، ثم رجع الورثة عليه بما رجع به عنى الأجنبي ثم رجوعه هو ثانية على الأجنبي بما يجب له مما بقي بيده إذ قد أخذ الورثة منه أيضاً ما أخذ أبداً يرجع الورثة عليه بما أخذه من الأجنبي ويرجع هو على الأجنبي بما يجب له مما بقي بيده حتى ينقلب بغير شيء كما ذكر. مثال ذلك: أن يترك الميت مائة دينار، فيُقر في مرضه لابنه بمائة دينار، فيأخذ الأجنبي خمسين، والابن خمسين، فيأخذ الورثة من الابن الخمسين التي أخذ، إذ لا يجوز الإقرار له، فإذا أخذوها منه، رجع هو على الأجنبي، فأخذ من نصف الخمسين التي أخذ فإذا أخذها منه الورثة، فإذا أخذوها منه رجع على الأجنبي فأخذ منه نصف الخمسة وعشرين التي بقيت بيده، فإذا أخذ ذلك منه أخذها منه الورثة، فإذا أخذوها منه رجع على الأجنبي، فأخذ منه نصف الاثني عشر ونصف التي بقيت بيده، فإذا أخذ ذلك منه أخذها منه الورثة، فإذا أخذوها منه رجع هو على الأجنبي فأخذ منه نصف الستة وربع التي بقيت بيده، وهكذا حتى ينقلب الأجنبي بغير شيء فيؤول الأمر إذا أقرّ الميت في مرضه لابنه، والأجنبي بما لا يحمله ثلث ماله، أن يبطل إقراره للأجنبي. هذا مذهب أشهب. وقد قال أبو إسحاق التونسي: مذهب أشهب إنما هو أن يرجع الابن المقر له على الأجنبي بنصف ما أخذ منه يده الورثة مما صار له في المحاصة، لا بنصف ما صار له في المحاصة. قال: فقوله: ثم يتراجعون حتى لا يبقى بيد الأجنبي شيء لا يصح، إذن لا بد أن يبقى بيد الأجنبي كثير. بيان ذلك: أن يكونا أخوين، ويترك المئة مائة دينار، ويقر في مرضه لأحدهما بمائة دينار، ولأجنبي بمائة، فليأخذ الأجنبي خمسين، والابن المقر له خمسين، فيرجع الابن الذي لم يقرّ له على الذي أقرّ له بخمسة وعشرين من الخمسين،

فيرجع المقر له على الأجنبي بنصف الخمسة وعشرين التي أخذها منه أخوه، فيرجع عليه أخوه، فيأخذ منه نصفها اثني عشر ونصف، فيرجع هو على الأجنبي بستة وربع، فيرجع عليه أخوه بثلاثة وثمن، فيرجع هو على الأجنبي بنصف الثلاثة والثمن، ثم يرجع عليه أخوه بنصف الثلاثة، ويرجع هو على الأجنبي بنصف ذلك، فيبقى بيده كسر على ما قاله، وأما ابن القاسم فقوله في المدونة: إن الابن يحاص الأجنبي فيما ترك الميت بما أقرّ به لكل واحدٍ منهما، ولا يكون للأجنبي في ذلك حجة، إذا لم يكن دينه ثابتاً فيتهم الأب عليه في إقراره للابن، ويرجع الورثة على الابن بما صار له فيكون ميراثاً بين جميعهم، إذ لا يجوز الإقرار له، ولا يرى الرجوع له على الأجنبي بما رجع به الورثة عليه، وهو أظهر من قول أشهب وسحنون هذا في هذه النوازل. وبالله التوفيق.

وأما إن كان يفي ما ترك الميت من المال بما أقرّ به لهما جميعاً فيأخذ كل واحد منهما ما أقرّ له به، فإن شاء الورثة أقرّ ذلك للابن وأجازوه له، وإن شاؤوا أخذوه منه، فكان ميراثاً لجميعهم. وهذا هو معنى قوله: فإن كان المال مفترقاً أخذ كل واحد منهما ماله، ولا اختلاف في هذا الوجه. وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت لسحنون: أرأيت إن أقرّ في مرضه أنه قد كان أوصى بعتق عبده أو تدبيره، أو بمالٍ لرجل؟ فقال: كل ما كان في الثلث فهو جائز.

قال محمد بن رشد: هذا بيّن على ما قاله، كانوا أقرّ أنه قد أوصى به، فلا اختلاف في ذلك ولا إشكال. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل هلك وترك ابنين، وأوصى لرجل بثلث ماله، وقال: على ألا ينقص ابني فلان من نصف مالي فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك. قال سحنون: إن أَبوا الإِجازة فللموصى له بالثلث ثلثا الثلث ويبقى المال بين الأخوين. وقد قيل أيضاً غير هذا، وهذا أحسن وأشبه إن شاء الله.

قال محمد بن رشد: وجه هذا القول أن الثلث الموصى به حقه أن يؤخذ من حظ الابنين نصفه من حظ كل واحد منهما، فلما أوصى ألا ينقص أحد ابنيه من حظه شيئاً، كان الموصى له بنصف الثلث، فوجب أن يتناص هو والموصى له بالثلث بجميع الثلث والابن الذي أوصى ألا ينقص من حظه شيء بنصف الثلث، فيصير للموصى له بجميع الثلث ثلثا الثلث، ويقسم الابنان بقية المال بينهما بنصفين، إذ لا تجوز وصية لوارث،

إلاَّ أن يجيزها الورثة. وأما القول الثاني الذي ذكر أنه قيل في المسألة فلا أعرفه نصاً لأحدٍ من أصحابنا، والذي يشبه أن يقال أن يكون للموصى له بالثلث نصف الثلث، وهو سدس جميع المال، ويكون خمسة أسداسه بين الابنين بنصفين؛ لأن الموصي لَمَّا أوصى بثلثه وألا ينقص أحد ابنيه من نصف المال شيئاً، فقد أوصى أن يؤخذ جميع الثلث من حظ الابن الآخر، ذلك ما لا يجوز له، إذ لا يجب أن يؤخذ من حظه منه إلاَّ نصفه، فتبطل الوصية بنصف الثلث إذ أوصى أن يؤخذ من حظ أحد ابنيه زائد على ما يجب أن يؤخذ من حظه منه، وينفذ بالنصف الثاني ويكون خمسة أسداس المال بين الابنين. وهذا أظهر من القول الذي ذكره، وقال فيه: إنه أحسن والله أعلم.

مسألة:

وقال في رجل هلك وترك ولدين، فأوصى لأحد ولديه، ولرجل أجنبي بجميع ماله، فأجاز الوصية للأجنبي، وأجاز الذي لم يوص له بشيء للذي أوصى له بالنصف، فإن مقامها من اثني عشر، فيعطى الأجنبي قبل كل شيء الثلث من اثني عشر، وذلك أربعة، ويصير للأخوين أربعة فيُعطِيان الأجنبي سهمين، يعطيه كل واحد منهما من حظه سهم، حتى يكمل له النصف، كما أجازا له النصف، ثم يرجع الذي أوصى له بالنصف إلى أخيه بتمام النصف، فيعطيه من سهمه سهمين ويبقى له سهم، فيصير للأجنبي ستة أسهم، وللذي أوصى له بالنصف خمسة ويخيَّر سهم واحد فأعطاه الأجنبي فيه، فيصير له ستة، ويبقى للآخر سهم فافهم، فإنها جيدة وقس عليها ما يناظرها.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة فيها نظر، وللصحيح فيها في وجه النظر أن يعطى الأخ الذي أجاز لأخيه الوصية، جميع الثلاثة الأسهم الذي بيده، فيصير المال جميعه للموصى لهما به، وهو الأجنبي وأحد الابنين، لأن الوصية بجميع المال قد أجازها الابنان جميعاً حين أجازا للأجنبي جميعاً، وأجاز الذي لم يوصَ له للذي أوصى له؛ لأن الذي أوصى له لا شك في إجازته لنفسه، فقد اجتمع الابنان جميعاً على إجازة الوصية وهما إذا أجازاها وجبة أن يكون جميع المال بين الموصى لهما بنصفين. وهذا بيّن والله علم.

مسألة:

قال سحنون: لو أن رجلاً مرض فباع في مرضه داراً ثمنها ثلاثمائة دينار بمائتي دينار، وحابي بالمالية، ولا مال له غيرها، ثم أخذ المائتين، فاستنفقها، ثم مات، فإنه يقال للورثة: إن صاحبكم قد جابى بالمائة، ولا يحمل ذلك ثلثه، من أجل أنه استنفق

المائتين، فإما أن يمضوا بيعه، وإما أن يتخلعوا من ثلثه للمشتري، فإذا أجازوا مضى البيع، وإن أبوا أن يجيزوا، بيع من الدار بقدر المائتين التي استنفقها ثم يكون للمشتري ثلث ما بقي من الدار بعد الذي بيع منها.

قال محمد بن رشد: قد مضى قول سحنون هذا متكرراً في سماع أبي زيد من كتاب المديان والتفليس، ومضى القول عليه هناك مستوفىً فأغنى ذلك عن إعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى لرجل بعبد بعينه، فلم يحمله الثلث، فقيل للورثة بعد موت الموصي: يجيزون فأبوا. فقيل لهم: اخلعوا. فقالوا: نعم فمات العبد. قال: أما ابن القاسم فيقول: المصيبة من الموصى له يقول: إذا خلعوا الثلث، فإنما يخلعونه في العبد، وأما أنا ومن رأى أن يخلعوا له الثلث في جميع مال الميت فيقول: للموصى له ثلث ما بقي.

قال محمد بن رشد: هذا يجري على اختلاف قول مالك في الذي يوصي له بشيء لا يحمله الثلث، فيقطع له الورثة بالثلث، هل يجعل له الثلث في الشيء الذي أوصى له به، أو يكون شائعا في جميع مال الميت؟ فعلى القول بأنه يجعل له الثلث في الشيء الذي أوصى له به، لا يكون للموصى له بالعبد شيء إذا مات، كان موته قبل أن يقطعوا له بالثلث أو بعد أن قطعوا له بالثلث، وعلى القول بأنه يكون له الثلث شائعا في جميع مال الميت، يكون له ثلث ما بقي بعد العبد إن مات بعد أن قطعوا له بالثلث، وأما إن مات بعد أن قال الورثة: لا نجيز، ونحن نقطع له بالثلث، ولم ينفذوا له ذلك بحكم. أو بِقَولٍ باتٍّ مثل أن يقولوا: لا نجيز، وقد قطعنا له بالثلث، فالمصيبة منه على ما في سماع أبي زيد، وجعل في هذه الرواية قولهم: نعم، جواباً لقوله: اخلعوا قطعاً بالثلث خلاف ظاهر ما في سماع أبي زيد وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في الرجل، يوصي بالجارية لرجل ثم يثب عليها فيطؤها ولا يغيِّر وصيته: إن ذلك ليس مما ينقض وصيته به ولا يمنع الموصى له من قبضها حتى يغيرها وينقضها بغير الوطء.

قال محمد بن رشد: مثل هذا في سماع أبي زيد، وهو مما لا اختلاف فيه أعرفه، وإنما يكون الرجوع بالتفويت، وأما بالوطء والاستخدام فلا. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل سحنون عن رجل حضرته الوفاة فقال: ثلث مالي لفلان وفلان وفلان، إن قبل ذلك، فلم يقبل هذا الذي قيل فيه إن قبل، هل ترى الثلث لهذين إذ لم يقبل الثالث؟ أم ترى ثلث الثلث يرجع إلى ورثة الميت؟ وكيف إن كان الذي قال فيه: إن قبلت غائباً ما يصنع بمصابة الغائب؟ هل يوقف حتى يستنجز ذلك منه أم لا؟ وكيف إن قال لفلان عشرة، ولفلان عشرة إن قبل فلان والثلث عشرون؟ فسئل الذي قيل فيه إن قبل فأبى أن يقبل هل ترى العشرين كلها لهذين؟ أم يرجع مصابة هذا الذي أبى إلى الورثة؟ وهل بين المسألتين اختلاف؟ قال سحنون: ليس بينهما فرق، كل من أوصى بوصايا استوعب فيها ثلثه وزاد، وكان من بعض وصاياه في شك أن تقبل أو لا يقبل، فإن قبلت كانت حيث جعلها، وإن لم يقبل ورجعت كانت لمن بقي من أهل الوصايا ولم ترجع إلى الورثة وإنما ترجع إلى الورثة، فيحاصون به أهل الوصايا لو أوصى وزاد في وصاياه على ثلثه وكان عنده نافخاً ومات على أن عنده جائز فتلك التي إن رجعت ولم تنفذ، كانت لورثته، يحاطون به أهل الوصايا، ومسألتك، إن قبل وصيته جازت، وإن لم يقبل رجعت وصيته إلى أهل الوصايا ولم يدخل عليهم الورثة في شيء.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة على ما في المدونة وغيرها إن شاء الله.

مسألة:

وسئل سحنون عن رجل أوصى أن تباع جاريته ممن يتخذها أم ولد قال: أرى هذا بيعاً لا يجوز، وهي وصية مردودةٌ.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال لأنَّ البيع على هذا لا يجوز ولا تجوز الوصية لما لا يجوز، فإن وقع ذلك فسخ البيع إن عثر عليه قبل أن يفوت. وقد قيل: إن البيع على هذا مكروه، لا يفسخ إذا وقع ورضى البائع بترك الشرط، فعلى هذا القول يكره تنفيذ الوصية، ويؤمر الوصي أن لا ينفذها، فإن نفذها لم يرد البيع إذا رضى البائع بترك الشرط وبالله التوفيق.

من سماع موسى بن معاوية من ابن القاسم

قال موسى بن معاوية: قال ابن القاسم في رجل أوصى لفقراء بني عمه، وفقراء أقاربه بحائط يغتلونه، ولم يشهد على تلك الوصية إلا أغنياء بني عمه، قال: لا تجوز

شهادتهم، خوفاً من أن يحتاجوا إلى ذلك يوماً ما، إلا أن يكون شيء تافه لا خَطْب له، ولا يُتهمون في مثله لغناهم، ولعلهم لا يدركون ذلك، فإذا كان الأمر خفيفاً لا يُتهمون فيه بجر إلى أنفسهم، رأيت الأمر جائزاً لهم، وذلك أني سمعت مالكاً وسئل عن ابني عم شهدا لابن عم لهما على أموالي فقال مالك: إن كانا قريبي القرابة يُتَّهمان في جر الولاء لهما فلا يجوز وإن كانا من الفخذين الأباعد، ولا يتهمان على جر ذلك، رأيت شهادتهم جائزة، فكذلك مسألتك. قيل لابن القاسم: فإن استغنى بعض فقراء بني عمه، وافتقر بعض أغنيائهم، هل يخرج الغني، ويدخل الفقير؟ قال: نعم، وإنما يقسم على كل من كان فقيراً يوم يكون القسم، ولو قسم على قوم عاماً وبعض بني عمه أغنياء، ثم جاء القسم من قابِل، وقد افتقر الأغنياء، واستغنى الفقراء الذين قسم عليهم تحول القسم إلى الأغنياء الذين لم يكن عليهم قسم، وأخرج منه الفقراء الذين قسم عليهم فهذا قول مالك.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بيّنة لا إشكال فيها يفتقر إلى بيان وشرح. والله الموفق.

مسألة:

قال ابن القاسم في الذي يوصي أن يباع غلامهُ رقبة، فبيع رقبة ووضع عن المشتري ثلث الثمن، فأعتقه، ثم جاء درك على الهالك من دين ثبت عليه. قال: أرى أن يباع من العبد قدر ثلث الدين إن كان العبد ثلث المال، ويؤخذ من الورثة ثلثا الدَّيْن، وإن كان العبد ربع الدين، أخذ من الورثة ثلاثة أرباع الدين، وإن كان العبد خمس المال، بيع منِ العبد خمس الدين وأخذ من الورثة أربعة أخماس الدين فعلى هذا يحسب. قال أصبغ بن الفرج: لأنها إنما هي وصية للعبد بتلك الوضيعة التي كانت وضعت من ثمنه؛ لأن مشتريه لو لم يأخذه بوضيعة الثلث، ولم يوجد أحد يأخذه إلاَّ بأقل من ذلك، كان الورثة مخيرين إما أجازوا وإما أعتقوا من العبد ما حمل الثلث بدلاً. فالوضيعة ها هنا إنما هي للعبد، فلذلك لم يكن على مشتريه غرم شيء من الثلث الذي وضع له من ثمنه، كأنه إنما باع ثلثي العبد قبل موته، وأخذ ثمنه، فكان مالاً من ماله ورثهُ فيما ورث، وأوصى بعتق الثلث الذي بقي له فيه، فذلك الثلث، إنما يقوم في ثلثه، ويعرف ما هو من جميع ماله، فإن كان خُمساً أَو سُدساً أو رُبعاً أو ثلثاً عتق، فإنما يقع عليه من الدين بقدر ما كانت وصيته من مال الميت، كانت سدساً أو ربعاً أو خمساً، وإن كان سدس ذلك الدين أو ربعه أو خمسه يكون أكثر من سدس رقبته أو ربعها أو خمسها بيع منه ما بينه وبين ثلث رقبته؛ لأنها وصيته التي أوصى له بها، والذي

يملك؛ لأنه قد أخذ للثلثين الباقيين ثمناً صارماً لا مع ميراثه للورثة، فالثلثان غير الميت أعْتقهما، ومن غير ماله عتقا، ويكون ما عجز عن ثلث رقبته من ذلك الجزء الذي وقع عليه من الدين في مال الميت، يرجع به على الورثة أيضاً في مال الميت، حتى يحيط ذلك بجميع ما أخذوا فيما أخذوا لأن ما وقع على العبد من الدين قد أحاط بجميع ما أوصى له به وزاد، فالزيادة ليست عليه، وأما العبد فإنما عليه أن يؤخذ منه وصيته التي أوصى له بها فقط؛ لأنه لا وصية إلا بعد الدين، وقاله أصبغ: كله حسن، وهو بمنزلة ما لو أعتق العبد لله، وهو يخرج وصيته من ثلثه، ثم طرأ دين وقع عليه الدين بالحصص، فيرد عليه منه بقدر ما أصابه حتى يحيط بذلك كله أو لا يحيط، ولم يكن على الورثة غرم ذلك فيما أخذوا من مال عنه فالمشتري بمنزلة الورثة، غير أن الوصية للعبد في ذاته ونفسه فهو المأخوذ والمردود حتى تفضل فضلة، فيكون كابنه لم يترك غيرها، ولا دين عليه، أو كأنه ترك ديناً ومالاً فوفَّى الدين وفضلت تلك الفضلة، فأنفذ للعبد في ثلثها ما حمله، فعلى هذا يعمل ويحمل في فض الدين عليه وعلى ما ترك الميت وأخذ الورثة، يقع على ذلك بقدر ما وقع قال أصبغ: قال ابن القاسم: وقد ذكر عن مالك في هذه المسألة أنه يغرم المشترى ثلث ثمن العبد وهويضعف ذلك ويراه وهماً وحطأً ولا يراهُ شيئاً فيما رأيته وهو كذلك، والقول فيها القول الأول. يقول ذلك أصبغ.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم في هذه الرواية: إنه يباع من العبد الذي بيع على العتق في الوصية فأعتقه المشتري بقدر ما يقع عليه من الدين الطارىء على تركة الموصي ولا يرجع بشيء من ذلك على المشتري فيما وضع عنه من ثمنه، هو على قياس القول بأنها وصية للعبد، فإن لم يوجد من يشتريه للعتق إلا بوضيعة أكثر من الثلث قيل للورثة: إما بعتموه بما وجدتم، وإما أعتقتم ثلثه. وأما على قياس القول بأنها إنما هي وصية للمشتري، فإن لم يجد الورثة من يشتريه للعتق إلا بوضيعة أكثر من ثلث ثمنه، لم يلزمهم بيعه، ولا تنفذ الوصية له، وهو قول مالك في رسم الوصايا من سماع أشهب، فلا يباع من العبد شيء في الدين الطارئ، وإنما يكون الدرك في ذلك على المشتري، فيرجع عليه بثلث ثمن العبد الذي وضع له، ويمضي عتق العبد. وهو قول مالك في رواية ابن كنانة عنه على قياس رواية أشهب المذكورة، وقول مالك الذي ذكره عنه ابن القاسم في آخر المسألة أيضاً وقد مضى الكلام عليها في موضعها إلا أن قول ابن القاسم في هذه الرواية على قياس القول بأنها وصية للعبد، إنه يباع من العبد قدر ثلث الدين إن كان العبد ثلث المال، وقدر ربع الدين إن كان العبد ربع المال يريد

ما لم يتجاوز ذلك ثلث رقبة للعبد على ما فسره أصبغ نظراً، والقياس ألا يباع منه في الدين الطارئ إلا قدر ما يقع من الدين على ثلث العبد؛ لأنه هو الذي أعتق من مال الميت، وأما الثلثان منه فإنما أعتقهما المشتري، وقد قال ذلك أصبغ فيما اعتمده من تفسير قول ابن القاسم، وهو قوله: والثلثان غير الميت أعتقهما ومن غير ماله عتقا ووجه العمل في ذلك أن ينظر ما يقع ثلث العبد من جميع مال الميت لا جميع العبد كما قاله ابن القاسم وأصبغ، فإن كان ثلث العبد من جميع مال الميت العُشر أو التسع أَو الثمن بيعت رقبة العبد بعشر الدين أو بتسعه أو بثمنه، وإن أتى البيع على جميعه. وأما قول أصبغ في تفسير قول ابن القاسم: إنه إن كان العبد ربع جميع مال الميت أو خمسه بيع من رقبة العبد بربع الدين أو بخمسه ما بينه وبين ثلث رقبة العبد، فلا يستقيم، فانظر ذلك نظراً صحيحاً وتدبره بين ذلك صحة قولي في اعتراضي لقول ابن القاسم، وأصبغ لم يوجب على الوصي في ظاهر هذه الرواية ضماناً وهو ظاهر ما في رسم الأقضية من سماع يحيى خلاف ما مضى في رسم الأقضية من سماع أشهب. وقد مضى القول على ذلك هنالك مستوفىً. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال موسى بن معاوية: قال ابن القاسم: كل من أوصى لرجل بعبد أو دابةٍ غائبةٍ عن الموضع، فعلى الذي أوصى له أن يأتي به يكون الجعل عليه، وليس على الورثة من ذلك شيء، وإن كان عبد بموضع له بذلك الموضع رفعة في عمله مثل العبد الزراع الحراث العامل في النخل، الذي إنما رفعته في عمله بموضعه وإن جلب إلى الفسطاط وما أشبهها من المدائن لم يكن له ارتفاع في القيمة لصناعة منظره، فإنه يقوَّم بذلك الموضع ولا يجلب، وكذلك العبد التاجر الأمين الذي قد عرف ببصر التجارة والأمانة، ولعله لا يكون له كبير منظر، فإنه يقوم على خبره وبصره وأمانته، ولا يحل لأهله كتمان ذلك منه. وفي سماع أشهب من كتاب الوصايا عن ابن القاسم مثله.

قال محمد بن رشد: قد مضى الكلام على هذه المسألة في رسم الأقضية الثاني ورسم الوصايا من سماع أشهب مستوفىً فاكتفينا بذلك عن إعادته هنا. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال موسى: قال ابن القاسم في رجل أوصى أن يشترى عبدٌ من ثلثه فيعتق، وما بقي من ثلثه فاشتروا به رقاباً فأعتقوها، وأوصى بوصايا. قال: ينظر إلى الوصايا وإلى الرقبة الأولى، فإن قصر الثلث عنهم تحاصُّوا في الثلث، فإن كان في الثلث فضل جعل

في الرقاب التي أوصى بها، وذلك أن كل من أوصى بشيء بعينه لأحدٍ أو أمر به فسماه، وقال: ما بقي من ثلثي فاجعلوه في كذا وكذا، أو أوصى بوصايا سماها قبل ما أوصى به أو بعده، إلا أنه قال: ما بقي من ثلثي ففي كذا وكذا بعد التسمية فإن التسمية والوصايا تبدأ قبل الذي جعل فيه ما بقي من ثلثه، وإن كانت الوصايا بعدما أوصى أو قبله، فهو سواء. وهذا قول مالك فمسألتك الأولى على هذا.

قال محمد بن رشد: قوله إنه ينظر إلى الوصايا وإلى الرقبة الأولى فإن قصر الثلث عنهم، تحاصوا فيه، هو مثل ما في المدونة من أن الرقبة بغير عينها لا تبدأ على الوصايا. وقد اختلف في ذلك وفي الوصية بالحج، فقيل: إنها كلها سواء في التناص، وقيل: تبدأ الرقبة على الحج ويتحاص المال مع الحج ومع الرقبة والوجه في ذلك أن الرقبة آكد ثم المال ثم الحج، فتتحاشى الرقبة مع المال، لقرب ما بينهما والمال مع الحج أيضاً لقرب ما بينهما، وتبدأ الرقبة على الحج، لبُعد ما بينهما. وقيل تبدأ الرقبة على المال والحج، وقيل: يبدأ الحج، على الرقبة والمال. وأما قوله: إذا أوصى بوصايا، وقال ما بقي من ثلثي فاجعلوه في كذا وكذا، ثم أوصى بعد ذلك بوصايا، فإن الوصايا تبدأ قبل الذي جعل فيه ما بقي من ثلثه، وإن كانت الوصايا بعدما أوصى أو قبله فهو سواء. فهو مثل ما تقدم في رسم الصلاة من سماع يحيى، وفي رسم أسلم من سماع عيسى، وذلك على ما بينه محمد بن المواز، حسبما بيناه واستوفينا القول فيه في رسم أسلم من سماع عيسى المذكور وبالله التوفيق.

من سماع محمد بن خالد من ابن القاسم

قال محمد بن خالد: سئل ابن القاسم عن رجل أوصى فقال: بيعوا عبدي بعشرين، وأعطوا فلاناً منها خمسة عشر ديناراً فلم يُبع العبد إلا بأقل من عشرين ديناراً. قال ابن القاسم: يعطي الموصى له بالخمسة عشر ثلاثة أرباع ما بيع به العبد إذا كان قد نقص ثمنه من عشرين ديناراً. وقد قال في غير هذا الكتاب من سماع عيسى: إنما له ما زاد على خمسة دنانير، وإن نقص من خمسة فلا شيء له، وأشهب يقول: له مما بيع بخمسة عشر على كل حال، وإن بيع بأقل من خمسة عشر ديناراً فجميع ذلك له.

قال محمد بن رشد: قد مضى الكلام على هذه المسألة مستوفىً في رسم جاع فباع امرأته من سماع عيسى فلا معنى لإعادته والله أعلم.

مسألة:

قال: وسألت ابن القاسم عن امرأة توصي لزوجها بوصية، فلما علم الزوج أن الوصية لا تثبت له، طلَّقها البتة، فقال ابن القاسم: إن كانت علمت بطلاقة فلم تغير وصيتها فهي له ثابتة، وإن كانت لم تعلم فلا وصية له.

قال محمد بن رشد: قد مضى الكلام على هذه المسألة مستوفىً في سماع سحنون فلا معنى لإعادته.

مسألة:

قال: وسألت ابن القاسم عن رجل كتب وصيته، ثم خرج مسافراً فحضرته الوفاة في سفره، فكاتب وصية أخرى وكنى عن التي ترك لم يذكرها بشيء، وأوصى في سفره إلى رجل، فذهب الوصي فنفذ وصيته في سفره ذلك من ماله الذي ترك، فقال ابن القاسم: أراه متعدياً وأرى ضامناً لما أعطاه.

قال محمد بن خالد وقال ابن نافع مثله.

قال محمد بن رشد: إيجاب الضمان على الوصي في هذه المسألة بيّن، إذ قد تبين عداؤه بتعجيل تنفيذ وصيته في سفره من المال الذي تركه فيه، دون أن يتثبت ويتربَّص حتى يرجع إلى بلده، فينظر هل له وصية أُخرى؟ وإنما يضمن إن كانت الوصية التي كتبها في بلده عند سفره أولى من هذه وأحق بالتبدئة، ولا يحملها ثلثه جميعاً.

وقد مضى في رسم الأقضية من سماع أشهب تحصيل القول فيما يضمن فيه الوصي مما لا يضمن، فأغنى ذلك عن إعادته هنا وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت لأشهب: فرجلٌ أوصى فقال: ما بقي من ثلثي فهو لفلان، ولم يوص بأكثر من ذلك حتى مات، فقال: يعطى الذي أوصى له ببقية الثلث ثلث الميت.

قال محمد بن رشد: وقع في بعض الروايات: يعطى الذي أوصى له بقية الثلث ثلث الثلث، وهو غلط وتصحيف. والله أعلم. وقد حمل ذلك ابن حارث على أنه اختلاف من قول أشهب، مرة قال: له جميع الثلث، ومرة قال: له ثلث الثلث. والمسألة متكررة من قول مالك في مواضع من سماع عيسى. وقد مضى الكلام عليها في رسم أوصى منه وبالله التوفيق.

من سماع عبد الملك بن الحسن

من ابن القاسم وابن وهب وأشهب

قال عبد الملك بن الحسن، سئل ابن القاسم عن رجل حضر خروجه إلى حج أو غزو أو سفر من الأسفار، فيكتب وصيته، ويشهد عليها ويشهد لامرأته أو لبعض ولده أن لهم عليه من الدين كذا وكذا. ويضع ذلك في وصيته أو لا يضع ذلك في الوصية، غير أنه يشهد أن عليه من الدين لورثته كذا وكذا ويتصدق حينئذٍ بصدقة باتةٍ على ابن له صغير لم يبلغ الحوز فيموت في سفره ذلك، هل يجوز للوارث ما أقرّ له به وما تصدق على الصغير؟ قال ابن القاسم: ما صنع من ذلك فهو جائز، إذا أشهد عليه وهو صحيح، ولا يشبه هذا المرض؛ لأنه صحيح، وهو أحق بما له من ورثته، ولا يتهم على شيء من ماله إذا أشهد عليه، وليس في السفر تهمة.

قال محمد بن رشد: هذا من قول ابن القاسم، خلاف قوله وروايته عن مالك في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم؛ لأنهما حكما فيه للخارج إلى سفر بحكم المريض، لا يجوز له أن يفعل ما يفعل الصحيح، فعلى قولهما لا يجوز قرارُه بالدين لبعض ورثته عند الخروج إلى غزو أو سفر من مات في غزوه أو في سفره، كما لا يجوز إقرار المريض في مرضه بدين لوارث من مات من مرضه ذلك. وقد مضى هناك من القول على ذلك ما فيه زيادة بيان وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألت ابن وهب عن الرجل يكون عنده اللَّقيطُ، فيتصدق هو نفسه عليه بصدقة، أيحوز له كما يحوز لابنه الصغير؟ فقال لي: نعم يحوز له كما يحوز لابنه الصغير، وكذلك كل مَن ولي يتيماً، أجنبياً كان أو قريباً، وهو قول المدنيين كلهم إلا ابن القاسم، فإنه لم يكن يرى ذلك إلا للوصي. قال سحنون مثل قول ابن وهب، قال سحنون: وروى ابن غانم عن مالك أن كان من ولي يتيماً أجنبياً كان أو قريباً من غير خلافة ولا وصية إلا لقرابة أو لحسنة، فهو تجوز مقاسمته وحيازته صدقته التي تصدق بها عليه هذا وغيره. قال سحنون وهي عندي رواية ضعيفة. قال سحنون: وفي رواية ابن القاسم عن مالك، وكذلك كل من ولي يتيماً أجنبياً كان أو قريباً.

قال محمد بن رشد: رواية القاسم هذه التي حكاها سحنون، ليست في كل الروايات، ويمكن أن تتحول على المعلوم من مذهبه، بأن يقال: معنى ذلك، بخلافة من

أب أو سلطان. وقول ابن وهب في هذه الرواية: إن الرجل يحوز للقيط يكون في حجره ما يتصدق به عليه، هو مثل رواية ابن غانم عن مالك، ونحو ما في المدونة من الرجل تجوز مقاسمته على من التقطه، خلاف قوله في رسم الأقضية من سماع يحيى من كتاب الصدقات والهبات؛ لأنه لا تجوز الحيازة في ذلك إلا للأب والأم، والأجداد والجدات، ولا يجوز ذلك لسائر القرابات. فقول ابن القاسم: إن الحيازة في ذلك لا تجوز إلا للأب والوصي، قول ثالث في المسألة.

وقد مضى الكلام على هذا في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الحبس، وفي رسم الأقضية من سماع يحيى من كتاب الصدقات والهبات، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألت أشهب عمن عوتب في القرابة فقيل له: ألا تصلهم؟ ألا ترفق بهم؟ قال: فأُشهدكم أني إذا مت فثلثي لها، ثم إنه مرض، فأوصى بثلثه، فقال: لا أرى لأقاربه شيئاً.

قال محمد بن رشد: قول أشهب هذا خلاف مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وغيرها فيمن أوصى لرجل بشيء بعينه ثم أوصى بذلك الشيء لغيره، وروايته عن مالك في المدونة وغيرها فيمن أوصى لرجل بشيء بعينه، ثم أوصى بذلك الشيء لغيره، إنهما يشتركان فيه، ولا تكون وصيته الثانية نقضاً لوصيته الأولى، وكذلك على مذهبه إذا أوصى لرجل بثلثه، ثم أوصى به لغيره، يشتركان فيه، ولا تكون وصيته الآخرة نقضاً لوصيته الأولى وذلك على ما قال مالك: إذا أوصى لرجل بثلث ماله، ثم أوصى الآخر بجميع ماله، إنهما يشتركان في الثلث على أربعة أجزاء، ولا تكون وصيته للآخر بجميع ماله نقضاً لوصيته الأولى بثلث ماله. وقد روى علي بن زياد عن مالك في الرجل يوصي بعبده لرجل، ثم يوصي به لآخر إنه يكون للآخر، فعلى هذه الرواية يأتي قول أشهب، ولا فرق على مذهب ابن القاسم بين أن يوصي بثلثه لرجل، ثم يوصي به لآخر. وبين أن يوصي بعبده لرجل، ثم يوصي به لآخر، إلا في التحاق إذا كان ثَمَّ وصايا سوى ذلك، فإن الذي أوصى لهما بالعبد يضربان جميعاً به، واللذين أوصى لكل واحد منهما. بالثلث يضرب كل واحد منهما بما أوصى له به من الثلث كاملاً. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألت ابن وهب عن المُوصَى يجد في تركة الميت شطرنجاً هل ترى له أن يبيعها؟ قال: لا يبيعها. قلت: فما يصْنع بها؟ قال ينحث وجوهها ويبيعها حطباً قلت:

بأمر السلطان أم ترى أن لا يفعل بغير أمر السلطان؟ قال: إن كان السلطان ممن قد سمع العلم والأحاديث فأرى أن يفعل ذلك بغير أمره، وإن كان ممن لم يسمع العلم والأحاديث، ولا يعرفه، وكان خائفاً من ناحيته بجهالته بما جاء فيها فلا أرى له أن يفعل ذلك بأمره.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إنه ينبغي للمُوصَى أن يكسر الشطرنج إذا وجده في تركة الميت، ويبيعه حطباً، ولا يبيعه كما هو، بمنزلة النرْد وهو يشبه في صفته على ما روى أنه قطع معاونة يصنع من العاج والبقس ويسمى بالطبل وبالكعاب وبالنرْد شير. ذكر مالك في موطئه عن النبي عليه السلام أنه قال: " مَنْ لَعِبَ بالنرْدِ[1]، فَقَدْ عَصَى اللهَ وَرَسُولَهُ. وعن عائشة أنهُ بَلَغَهَا أَن أَهْلَ بَيْتٍ في دارِهَا كَانُوا سُكاناً فِيهَا، عِنْدَهُم نَرْد فَأَرْسَلَتْ إِلَيْهِم لَئِنْ لَمْ تُخْرِجُوهَا لأخْرِجَنكُم مِنْ دَارِي وَأَنْكَرَتْ ذَلِكَ عَلَيْهِم ". وعن عبد الله بن عمر: " أنهُ كَانَ إذا وَجَدَ أحداً مِنْ أَهْلِهِ يَلْعَبُ بالنرْدِ ضَرَبَهُ وَكسَرَهَا ". ورُوي عن النبي عليهِ السلامُ أنة قَال: مَنْ لَعِبَ بالنرْدَشِيرِ، فكَأَنمَا غَمَسَ يَدَهُ[2] فِي لَحْمِ خِنْزِيرٍ. والشطرنج بمنزلته. قال مالك: ألا لا خير فيه. وكره اللعب بها وبغيرها من الباطل. وتلا قول الله عزْ وجل: ﴿فَمَاذَا بَعْدَ الحقّ إلاَّ الضَّلالُ﴾ [يونس: ٣٢]. وقال الليث بن سعد فيه: إنه شر من النرْد، ولا اختلاف بين مالك وجميع أصحابه، في أن من أدمن اللعب بها، كأن ذلك جُرحةً فيه، تُسقِط أمانته وشهادته. وقد قيل: إن الإدمان أن يلعب بها في العام أكثر من مرة. وهذا إذا لعب بها غير وَجه القمار، وأما اللعبُ بها على القمار والخطر، فلا اختلاف بين أحد من أهل العلم في تحريم ذلك؛ لأنه من المَيْسِر الْمُحرَّم

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٢٩٠)، وأخرجه ابن ماجه (٣٧٦٠)، وأخرجه مالك في الموطأ (١٧٢٥)، وأخرجه أحمد في مسنده (١٩٠٨٦)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٩٤٥٩)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (١٤٧)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٩٣٠٦)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٥١٣٢)، وأخرجه البزار في مسنده (٢٦٦٩)، وأخرجه الجوهري في مسنده (٤٩٠)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٥٥٦١)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٣٣١٩).

(٢) أخرجه مسلم (٤٢٩٨)، وأخرجه أبو داود (٤٢٩١)، وأخرجه النسائي في سننه (٩٣)، وأخرجه ابن ماجه (٣٧٦١)، وأخرجه أحمد في مسنده (٢٢٤٥٤)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٩٩٤)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (١٦١)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٧٥٦)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٥١٣١)، وأخرجه أبو بكر البزار في البحر الزخار (٢٥٠)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٥٥٥١)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٣٥٨٥).

بنص القرآن. ولعيسى بن دينار في كتاب الجرار إنه سئل عن الرجل يهلك فيوجد في تركته شطرنج ونرد وعظام يلعب بها. هل ترى الإمام أن يأمر بكسرها؟ قال: لا أرى ذلك عليه، وأرى له أن يدَعها: قيل: فإن كان عليه دين هل يبيعها في دينه؟ قال: لا، ولم ير ذلك في العود والمزمار، ورأى أن يُكسر على كل حال. وإنما قال ذلك عيسى بن دينار لما روى من ترخيص من رخص في اللعب بالشطرنج على غير قمار من العلماء. والصواب كراهة اللعب بها وكسرها، والأدب على اللعب بها، قياساً على ما فعله عبدُ الله بن عمر في النَّرْد.

وقد مضى في رسم صلى نهاراً ثلاث ركعات القول في الخمر يجدها الوصي في تركة الميت. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل ابن القاسم عن الرجل يشتدُّ عليه العاصفُ في البحر، فيريد أن يتصدق بما له، قال: إذا اشتد عليه العاصفُ، وخاف الغرق، لم يجز له القضاء في ماله، إلا في الثلث.

وسئل عن الذي تجمحُ دابته، أيجوز له القضاء في ماله؟ قال: لا يجوز له القضاء في ماله إلا في الثلث، والذي يقدم للقتل صبراً مثله.

قال محمد بن رشد: في الذي يشتد عليه العاصفُ في البحر: إنه لا يجوز له القضاء في ماله إلا في الثلث خلاف قول مالك في المدونة مثل ما حكى سحنون عنه من أنه أمر راكب البحر في الثلث وقد قيل على ظاهر هذه الرواية التي حكى سحنون: إن أمر راكب البحر في الثلاث على كل حال، وإن ولم يكن فيه هولٌ إذْ لا يؤمن تَقلُّبه.

فيتحصل على هذا في المسألة ثلاثة أقوال: أحدها إجازة فعل راكب البحر على كل حال، وهو قول مالك في رواية ابن القاسم عنه في المدونة والثاني من فعله لا يجوز على كل حال، وهو ظاهر ما حكى سحنون عن مالك في المدونة والثالث الفرق بين حال الهوْل فيه وحال غير الهول، وهو دليل قول ابن القاسم في هذه الرواية، وهو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب؛ لأن راكب البحر في حال الهول أخوف على نفسه من المريض، والذي تجمح به دابته بمنزلته سواء يدخله ما يدخل راكب البحر في حال الهول من الاختلاف ولا اختلاف في الذي يحبس للقتل صبراً إنه فعله لا يجوز إلا في الثلث، وكذلك الأسير في أول أمره، قبل أن يستحكم أسره على ماحكاه ابن حبيب في الواضحة لأن قوله يحمل على التفسير لما في سماع أبي زيد من كتاب الجهاد. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الذي يقول في مرضه لورثته: اجعلوا غلامي فلاناً بيْني وبين النار، فيمسك لسانه. قال: أراه عتيقاً.

قال محمد بن رشد: هذا بيِّن على ما قاله؛ لأنه إنما أراد أن يعتقه الله من النار بعتقه إياه، على ما جاء من أنه من أعتق عبده أعتق الله بكل عضو منه عضواً من النار. وبالله التوفيق. لا شريك له وهو حسبي ونعم الوكيل.

تم الكتاب الرابع من الوصايا والحمد لله.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوصايا الخامس

من سماع أصبغ من ابن القاسم

من كتاب القضاء العاشر من البيوع

قال أصبغ بن الفرج: وسألت ابن القاسم عن مريض أعتق ثلث عبده، ولا مال له غيره، وباع من العبد ثلثي نفسه الباقيين بيعاً ليس فيه محاباة بما يسوَى بثلثي قيمته أو أكثر قال: ذلك جائز: قلت قبض الثمن قبل أن يموت أو لم يقبضه، أو تأخر القبض حتى مات؟ قال: ذلك سواء قبض أو لم يقبض إذا دفع العبد ذلك، قال أصبغ: وذلك إذا كان المال الذي يعطى العبد الذي باعه به ليس من مال هو للعبد قبل أن يبيعه، فأما مال هو له يومئذ يكون رقيقاً معه، فليس ذلك ببيع ذلك حيْف ومحاباة وعتق من الميت، وأخذ الأكثر من ثلثه وما لا يجوز له.

قال محمد بن رشد: قول أصبغ صحيح مفسر لقول ابن القاسم، ولابن دحون في هذه المسألة كلام صحيح، يفسر قول أصبغ. قال: إنما يشتري العبد بثلثي نفسه بعد عتق السيد لثلثه، من ثلث ما في يديه، أو من مال وهب له، وإن اشترى ثلثي نفسه بكل المال الذي في يديه فهي محاباة من الميت له؛ لأن المال الذي كان في يديه إنما له منه ثلثه الذي أعتق منه سيده وباقيه للسيد، إلا أنه لا يؤخذ من يديه وإن بيع بيع كالشريكين في العبد. ولابن المواز في هذه المسألة تفسير لا يتوجه إلا على بعد. قال: لأن ما صار له موقوفا بيده، يعتق بعضه، وكأنه العبد في نفسه شفعة لحرمة العتق، فإن كان ثمن ثلثي العبد في تركة السيد وافراً فيتم عتق ثلث العبد، وإن أنفق ثمن الثلثين أو لم يوجد رق من الثلث الذي أعتق ثلثاه وعتق ثلثه. قال ابن أبي زيد: يريد: ويعتق ثلثاه المبيع، فانظر في ذلك وتدبر، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: سمعتُ ابن القاسم وسُئِل عمَّن قال عند موته: إن أسلمت جاريتي فلانة فهي حرة، فغفل عنها بعد موته، ولم يعرض عليها الإسلام حتى ولدت أولاداً بعد موته، ثم عرض عليها فأسلمت، قال: يعتق ولدها معها، إنما ذكر بمنزلة ما لو قال: إن

دفعتْ إليكم فلانة عشرة دنانير، فهي حرة، فغفل عنها حتى ولدت أولاداً ثم عرض عليها، فأدت العشرة، فهي حرة. وولدها. وقاله أصبغ. وقال: المسألة أوضح من الحجة وأقوى وكذلك كل موصى بعتقه فولدت بعد موت سيّدها قبل أن تقام في ثلثه أولاداً فإنها تعتق في ثلثه وولدها لأنه قد كان انعقد لولدها ما عقد لها يوم وجب العتق فيها، وهو يوم مات السيد، وإن كان ولدها ذلكَ كانت به حاملاً يوم أوصى أو يوم مات، إذا كانت إنما وضعته بعد موت السيد الموصى، فالذي تحمل به بعد الموت أحرى وأوكد، وقد قال لي ابن القاسم هذا أيضاً، وقال: فإن وضعته قبل موته، فلا يدخل معها في الوصية وهو رقيق؛ لأنه لو شاء أن يرد الوصية فيها ردها. قال أصبغ: لأنه قد زايلها قبل أن ينعقد له عتق أو يجب، قال أصبغ: قال ابن القاسم: فإذا مات حين تثبت لها الوصية، فما ولدت بعد ذلك دخل معها، كانت حاملاً بعد ذلك أو لم تكن. ومثال ذلك أن يقول: جاريتي حرة إن رضي أبي في وصية أوصى بها، فتلد الجارية أولاداً وأبوه غائب وقد مات الموصي فيقدم الأب فيخير ويرضى، فهي وولدُها أحرار، فتراها في المسألة الأولى حرة، وولدها إذا شاءت ذلك الأمر الذي عرض عليها أو شاء غيرها ممن يجعل ذلك إليه الميت وأرى ألا يتعجل ببيعها إن أبت في أول ذلك الأمر الذي عرض عليها أو شاء غيرهما حتى يرد عليها مرة بعد مرة، فإن أبت بيعت وإن قبلت ذلك بعد أن كرهت فذلك لها، ولا يكون إباؤها أولاً إذا قبلت ذلك بعد نقضاً لما كان جعل لها ما لم يمض فيها حكم ببيع بعد أن ردد عليها أو قسمة، فإذا ردّد عليها فلم تقبل ورضيت بالبيع فبيعت أو قسمت، ثم رجعت بعد ذلك، لم يكن ذلك لها؛ لأن الحكم قد مضى فيها قال أصبغ قال لي ابن القاسم: وكل شرط أو مشيئة كان في أمةٍ جعل ذلك لها بعد الموت فولدها بمنزلتها إذا ولدته بعد موت السيد.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إن الموصى لها بالعتق إن شاءت أو إن أسلمت أو أرادت كذا وكذا، أو إن رضي فلان وما أشبه ذلك، يدخل ما ولدت بعد موت الموصي فيما أوصى لها به؛ لأن ذلك قد وجب لها أو لمن جعل إليه الخيار في عتقها بموت الموصي كما يجب للموصي لها للعتق بموت سيدها ويدخل ما ولدت بعد موته فيما أوصى لها به كانت حاملاً به يوم الوصية أو لم تكن، وإذا اختارت التي خيرت بين البيع والعتق، فلها أن ترجع إلى العتق ما لم تُبع، فإن بيعت بعد أن اختارت البيع، لم يكن لها أن ترجع إلى العتق، وإن كان الأمر لم يردد عليها على ظاهر ما تقدم في رسم القطعان من سماع عيسى، وفي سماع سحنون، ودليل قوله في هذه الرواية: إن ذلك لها

إن كان الأمر لم يردد عليها. وهذا الدليل يرده ظاهر ما في رسم القطعان من سماع عيسى وفي أول سماع سحنون فترديد الأمر عليها في الرجوع إلى اختيار العتق، إنما هو استحسان، ما لم يقع البيع هذا الذي يجب أن تحمل عليه الرواية والله أعلم.

مسألة:

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول في رجل أوصى إلى وصي وأوصى لقوم بوصايا، وأوصى بعتق غلام له، فلما مات الرجل، أنفذ الرجل الوصايا، ولم يكن علم بالعتق، ثم أقام الغلام البينة على عتقه، قال: إن كان ذلك من الوصي بعد تمكن واجتهاد واشتِبْات أمر، لم يعجل فيه، وانظر بالأمر إن حدث، ثم أنفذ ذلك، فلا شيء عليه. قال أصبغ: ودون هذا التأكيد أيضاً لا شيء عليه فيما إذا لم يعلم ولم يبادر ذلك خوفاً منه مبادرة له، وليس عليه هذا التأكيد كله إنما عليه بقدر الوصية في قلتها وكثرتها واجتماع المال، وتفرقته، واستبراء ذلك، ثم ينفذ، ولا شيء عليه على نحو ذلك قال أصبغ: قال ابن القاسم: ويعتق العبد إن حمله الثلث من جميع المال، ويتبع الورثة أهل الوصايا بما فضل من الثلث ديناً يتبعونهم به، إن لم يكن لهم شيء على كل إنسان، بقدر ما أوصى له به. قال أصبغ: جعله كالدين الجاري يأخذه صاحبه ممن وجده مليًّا من الورثة، ويتبع الورثة بعضهم بعضاً. وقال أصبغ: لا أراه كذلك، أراه كالوارث الطاري إذا لم يعلم به، إنما يأخذ من كل وارث وجد معه مالاً بقدر ما يصيبه، ويتبع سائرهم مما وقع عليهم، وكذلك هذا لا أرى أن يعتق منه إلا بقدر ما صار في يدي كل وارث يجدُه مليًّا أو موصى له بالثلث من قيمته التي كان يعتق فيها ويرق ما بقي حتى يجد الآخرين أملياً، يعتق باقيه عليهم فيما أخذوا له من ذلك. قال: وتفسير ذلك أن يوصى بعشرة بين رجلين، والعبد قيمته عشرة، والورثة اثنان، والمال بالعبد ستون فالثلث عشرون، فأخذ أهل الوصايا عشرة، والورثة خمسين، ولم يعلم بعتق العبد، ثم علم، فله قبل أهل الوصايا سدس قيمته دينار وثلثا دينار؛ لأنهما أخذا سدس المال، فله قبل كل واحد منها نصف ذلك، وهو دينار إلا سدس فمن وجد منهما حاضراً أو مليًّا عتق عليه بقدر ذلك، واتبع الآخر بمثله يوماً ما على الورثة خمسة أسداس قيمته، وهو ثمانية وثلث، فمن وجد منهما ملياً أو حاضراً عتق عليه بقدر ما أخذ له من ذلك، وهو نصف ذلك، وهو أربعة دنانير وسدس، واتبع الآخر بمثله يوماً ما، وإنما الورثة ها هنا كالموصى لهم والموصى لهم كالورثة وهم والعبد كالوارثين جميعاً. قال أصبغ: قال لنا ابن القاسم: وإن كان الوصي عجلٌ، رأيته ضامنا وبيع وهو أهل الوصايا. قال أصبغ:

وذلك إذا كانت عجلة مبادرة وأمر لا يشبه اجتماع المال وتنفيذه، فيضمن وإن لم يعلم، ويكون كالخطأ والخطأ مضمون، فلو أن رجلاً أوصى بعتق رقبة، فاشترى الوصي نصرانية، ولا يعلم ولم يثبت كان كالخطأ منه على نفسه، وكان ضامناً فكذلك هذا. قال ابن القاسم: إلا أن يكون قاضي قضى به، فلا أرى عليه شيئاً؛ لأن غيره أنفذه وقاله أصبغ، وتنفيذ القاضي كتنفيذه بعد الاستغناء وبلوغ الأمر أجله. وتنفيذه عند ذلك كقضاء قاض وتنفيذه، ومن الله التوفيق.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم في هذه الرواية في الوصي: إنه لا شيء عليه إن كان ذلك منه بعد تمكن واجتهاد وتثبت من غير عجلة يدل أنه عنده محمول على التفريط وترك التثبت حتى يعلم من فعله خلاف ذلك. وقول أصبغ: إنه لا شيء عليه إذا لم يبادر، إذ ليس عليه هذا الاجتهاد كله، يدل على أنه محمول عنده على غير التفريط حتى يعلم من فعله خلاف ذلك، وقد اختلف قول ابن القاسم في ذلك على ما يأتي لقرب آخر هذا الرسم. وأشهب يقول في هذا الأصل إن الوصي ضامن؛ لأنها جناية خطأ يضمن المال، ويضمن العتق إذا أعتق عن الميت، ثم طرأ دين سواء علم به أو لم يعلم، يضمن ويكون الولاء للوصي إلا أن يكون العبد عبد الميت، فها هنا يرد العتق إذا طرأ دين. قال فضل: قول ابن القاسم أحسن. قلت: وقول شهب هو على غير ابن القاسم في الحج الثالث من المدونة وفي الوصايا منها، ليس جهلهم بالذي يزيل عنهم الضمان.

وقد مضى تحصيل القول في هذا المعنى في رسم الأقضية من سماع أشهب فلا معنى لِإعادته. فإذا ضمن الوصي على القول بأنه يضمن بعتق العبد، ويضمن للورثة قيمته، ويتبع بذلك الموصي لهم إن كانوا معينين، وإن لم يكونوا معينين، وإنما كانت الوصية للمساكين، أو في السبيل، كانت المصيبة في ذلك من الموصي. وعلى القول إن الوصي لا ضمان عليه، يعتق العبد، ويتبع الورثة الموصى لهم إن كانوا معينين، وتكون المصيبة منهم إن كانت الوصية للمساكين، أو في السبيل، ولا يصح في هذا اختلاف؛ لأن العبد قد استحق الحرية بما ثبت له، فلا بد من تعجيل عتقه، وإنما الاختلاف هل يضمن الوصي قيمته للورثة أم لا؟ حسبما بيناه. فقول أصبغ: إنه لا يعتق منه إلا بقدر ما يجب له على كل وارث أو موصى له يجده ملياً بذلك، بمنزلة الوارث يطرأ على الوارث، غلط بين مثال ذلك: أن يترك المتوفى عبدا قيمته عشرون وأربعون ديناراً ويوصي بعشرة دنانير لرجل بعينه، أو في المساكين، ويعتق العبد، فينفذ الوصي العشرة

دنانير للموصى له بها أو في المساكين، ولا يعلم بالعتق ويأخذ الورثة العبد والثلاثين ديناراً، ثم يعلم بعتق العبد، فعلى القول بأنه لا ضمان على الوصي بعتق العبد على الورثة، ويتبعون الموصى له بالعشرة أو يكون مصيبتها منهم إن كانت فرقت على المساكين؛ لأن العبد هو كفاف الثلث على ما نزلناه، من أن قيمته عشرون، والمال سواه أربعون. وعلى القول بأن الوصي ضامن يعتق العبد أيضاً، لأن الثلث يحمله، ويضمن الوصي للورثة العشرة التي نفذها للمساكين أو يتبع بها الموصى له إن كان معينا ولو كانت الوصية بعشرة بين رجلين، والعبدُ قيمته عشرة، والورثة اثنان، والمال بالعبد استوفى على ما نزله أصبغ في تفسيره لمذهبه، لم يكن على الوصي ضمان بحال؛ لأن الثلث يحمل العتق والوصية، فيعتق العبد على الورثة، ولا يكون لهم رجوع على أحد. وقول أصبغ: إن العبد يعتق سدسه على الموصى لهما إن كانا مليين، وإن لم يكونا مليون اتبعهما بذلك، وعلى الورثة خمسة أسداس إن كانا مليين، وإن لم يكونا مليين اتبعهما بذلك غلط ظاهر؛ لأن العبد قد استحق العتق بما شهد له به، فلا بد من تعجيل عتق جميعه إذا كانت ثلث الموصي يحمله ولم يكن العبد الموصى به بعينه، وإنما كان أوصى بعتق عبد بغير عينه مبدأ على سائر الوصايا فلم يعلم الوصي بذلك حتى نفذ الوصايا، لما صح أيضاً أن يكون كالوارث يطرأ على الوارث لأن الوصية مقدمة على الميراث كالدين سواء لقول الله عزْ وجل: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢]. وتفسير أصبغ أيضاً لمذهبه خطأ إذا اعتبرته، وقد نبه على ذلك ابن دحون فقال: هذا تفسير غير صحيح، كيف تقع هذه المحاصة وقد بقي من الثلث بيد الوارث ما يخرج منه العبد حراً وذلك عشرة دنانير؟ والصواب، يريد على مذهبه، أن هذا العتق الطارىء مع الوارث كوارث طرأ، يأخذ من كل واحد بقدر ما صار إليه من ثمنه، ولا يأخذ منه نصيبه كله، ولا يأخذ أحداً عن أحد، هو مع الموصى لهم كدينٍ طرأ، يردون كلما أخذوا إذ لا وصية لهم إلا بعد العتق، فاعتراضه علية في تفسيره لمذهبه الذي قد بينا أنه غلط صحيح. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم وسئل عن الذي يوصي بثلث ماله لقوم وله بير ماشية، فيريدون أخذ ثلث البير مع ثلث المال، قال: لهم ثلث المال، ولا أرى لهم في البير شيئاً لأنها لا تباع ولا تورث، وإنما فيها الشرب لأصحابها ولمن وردها من الناس بعدهم. قلت: أفلا يكون لهم ثلث الشرب مع الورثة، وأن يُبدَّؤو به قبل الناس؟ قال:

لا. ليس لهم من الشرب قليل ولا كثير؛ لأنها لا تباع ولا تملك، فكذلك ليس له أن يوصي به لأحد أرأيت لو أوصى بها كلها وصية مسماة أيجاز لملك له؟ وقاله أصبغ وهو الحق. والميت كان فيه كغيره من ورثته، وليس يأخذونه ميراثاً، إنما يأخذونه بحقه كالحبس عليه وعلى ولده، وغير مال هو له مؤثَّل.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال؛ لأن بين الماشية التي تحتفر في البراري والمهامة، محمولة عند مالك، على أنها إنما تحتفل للصدقة، فيكون حافرها أحق بالتبدئة بالشرب، ويكون الفضل لجميع الناس، لا يمنعه من أحد، لقول النبي عليه السلام: " لا يُمْنَعُ فَضْلُ[1] الْمَاءَ لِيُمْنَعَ بِهِ الكلأ ". ولو أشهد حافرها عند حفره إياها أنه إنما يحفرها لنفسه، لا للصدقة، لكان ذلك له، وكان أحق بالفضل يورث عنه، وتجوز وصيته فيها، وإن ادعت ذلك بعد حفرها ولم يشهد، لم يصدق عند مالك.

وقد مضى تحصيل القول في هذا في رسم الأقضية الأول، من سماع أشهب من كتاب النداء والأنهار وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسمعت ابن القاسم وسُئِل عمَّن قتل عمداً فأوصى بثلث ماله، ثم قبل أولياؤه الديه بعده، وعفوا عن القتل، أتدخل وصيته في ديته؟ قال: لا لأن ذلك ما لم يعلم به. وقاله أصبغ: ولو أوصى بذلك فقال: إن قبل ولاتي ديتي، فهي وصيتي أو وصيتي فيها أو ثلثها وصية أو صدقة لم أر أن يدخل فيها من وصاياه قليل ولا كثير، ولا يدخل منها في ثلثه شيء لأن ذلك أيضاً عنده يوم أوصى مالٌ مجهول له، غير عارف ولا عالم به. ولا يدر أيقبلون الدية أم لا؟ أو يتركون الدم أم لا؟ هو كشيء لم يعلم به، ولكن لو عفا عن الدم عفواً قبل موته عن الدية أو أوصى أن يعفى عن قاتله على الدية باشتراط،

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٩٤)، وأخرجه مسلم (٢٩٣٥)، وأخرجه الترمذي (١١٩٠)، وأخرجه أبو داود (٣٠١٧)، وأخرجه ابن ماجه (٢٤٧٢)، وأخرجه مالك في الموطأ (١٤٠٧)، وأخرجه أحمد في مسنده (٨٥٢٦)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٠٦٢)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢٢٩٨)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٥٥٨٠)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٩٥١)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٢٨٤)، وأخرجه الطبراني في مسنده (٣١٩٥)، وأخرجه الجوهري في مسنده (٤٢٠)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٤٠٧١)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٨٨١٠)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٦٩١٨)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (١٦٦٧).

فالوصية به كالفعل منه في مرضه، فأوصى بها بوصايا أو بثلث ماله مبهماً مع هذا رأينا أن يدخل فيه ويلحق به.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه أعلمه في المذهب إن وصية المقتول عمداً لا تدخل في ديته إن قبلها ولاتُه؛ لأنه مال لم يعلم به، وكذلك إن قال: إن قبل ولاتي ديتي، فوصيتي فيها؛ لأنه ليس على يقين من قبول ولاته الدية، ولا وجبت له بعد. ولو أوصى المقتول فقال: يخرج ثلثي مما أعلمت من مالي ومما لم أعلم لم تدخل في ذلك الدية التي أخذها الورثة لأنه مال لم يكن له، وإنما قال: ما لم أعلم من مالي وديته لم تكن من ماله، لكن يؤدي منها ديته ويرثها عنه ورثته على كتاب الله تعالى لأن السنة أحكمت ذلك في الدية، وإن كانت ليست بمال المقتول الموروث قاله ابن دحون وهو صحيح. وأما قوله في الرواية، ولكن لو عفا عن الدم عفواً قبل موته على الدية أو أوصى أن يعفى عنه على الدية باشتراط، فالوصية به كالفعل عنه في مرضه، فأوصى فيها بوصايا أو بثلث ماله مبهماً مع هذا رأينا أن يدخل فيه ويلحق به، فهو بين على القول بأن له أن يعفو على الدية وأن يوصي بذلك، فيلزم القاتل، وأما على القول بأن ذلك لا يلزمه إلا برضاه فالذي يأتي على قياس قوله في أن الوصايا لا تدخل في ديته إذا قال: إن قبل وُلاتي ديتي فوصيتي فيها ألا يدخل فيها إذا أوصى أن يعفي عنه على الدية إذ ليس على يقين من أن القاتل يرضى بذلك، كما أنه ليس على يقين من أن ولاته يقبلون الدية وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: من أوصى لرجل بدنانير حاضرة بعينها أو عدد مسمى بغير عينه العمل فيه عند ابن القاسم ومالك وأصحابه كلهم واحد في مذهبهم. وأنا أرى ذلك اتباعاً لهم، وقياساً على قولهم، والاستحسان عندي في العلم على غير ذلك، والله أعلم أرى إن كانت الوصية في الدنانير الحاضرة بعينها، مثل أن يقول: أعطوه منها كذا وكذا أو يقول: هذه الدنانير بعينها لفلان، أو يخرجها لهم بعينها ويدفعها إليهم فيكون لا يخرج في ثلثه فيوقف عنهم الثلث أو ما أشبه ذلك من الشيء المعتمد من العين الذي ترك بعينه، فأنا أرى في هذا القول ما قالوا أن يدفع إليهم بعينه، أو يقطع لهم بالثلث من كل شيء شركاء له، للعول فيه، فهو حينئذ كالدَّار بعينها، أو الجارية والعبد والأرض والثوب، يوصي له به، فيجاوز الثلث فينفذوه بعينه، أو يخرجوا من الثلث فهذا كله هكذا لا شك فيه فأما أن يوصي بدنانير مسماة، ليست بأعيانها ولا مضمونة من شيء

واحد، فلا أرى إلا وهي جارية في ذلك المال متى ما اجتمع المال، أو اجتمع منه عين وكان قسمه أخذوا ثلث العين، وثلث ما ينض مما بيع وجمع وحضر والباقي لهم في ثلث الغائب حتى يحضر، ولا يقطع لهم بالثلث، وهو أكثرمنها حين لم يعجلوا لهم ما ليس عليهم تعجيله من العين والوصية؛ لأنها قد صارت شركة تجري في كل شيء كشركة الوارث، ولا يكون أحسن حالاً من الوارث، والتوفيق بالله.

وهكذا، كان ينبغي أن يكون تفسير قول مالك ومعناه الذي تكلم عليه، وأصحابه يحملونه على الكل بغير رواية.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم المكاتب من سماع يحيى فلا وجه لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعت ابن القاسم يقول في الذي يشتري العبد في مرضه بنظِرَةٍ أو غير نَظِرةٍ، إلا أنه لم يَنْقُدْ ثمنه فيعتقه ثم يموت، فيوجد الآمال له. قال: لا يجوز عتقه إذا لم يكن له مال، طال زمان ذلك وهو مريض أو لم يطل، إلا أن يكون في قيمته فضل فيباع بقدر ذلك ويعتق ما بقي، وقاله أصبغ إلا أن يكون قد أفاد فيها بين ذلك مالاً فذهب أو علم البائع فعلم وترك.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إنه إذا اشتراه فأعتقه ولم يؤد ثمنه حتى مات ولم يوجد مال سواه إنه يباع منه بما عليه من الثمن لأنه محمول ومن يوم اشتراه على الحالة التي وجد عليها بعد موته، من أنه لم يكن له مال سواه، وإن طال زمن ذلك، إلا أن يعلم أنه قد أفاد في خلال ذلك مالا فذهب كما قال أصبغ وأن البائع قد علم ذلك وأمضاه، إذ لا يجوز لمن عليه دين يغترق ماله عتق إلا بإذن صاحب الدين. وأما قوله: عنه يعتق ما بقي منه بعدما بيع منه في الثمن، فمعناه إن كان قد صح في مرضه ذلك ولم يمت منه. وأما مَنْ مات مِنْ ذلك المرض فلا يعتق منه إلا ثلث ما بقي بعد الدين إذ لا اختلاف في أن عتق المريض في مرضه في ثلثه. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: وسمعت ابن القاسم يقول في رجل حضرته الوفاة فقال: أسهموا بين مدبري هذا وعبدي فلان، فأيهما خرج سهمه فأعتقوه وله مالٌ يحملهما الثلث جميعاً إنه يُسهم بينهما فإن وقع السهم للمدبر عتق على كل حال، ولم يعتق من الآخر قليل ولا كثير؛ لأنه قد خرج من الوصية لما أعطاه السهم، ولم يجعل له عتق إلا أن يخرج

سهمه فإن أخرج السهم له، عتق وعتق المدبر بالتدبير إذا كان الثلث يحملهما، وإن لم يكن له مال يحمل غير أحدهما فخرج سهم المدبر في الاستلام عتق وحده، ولم يعتق من الآخر شيء، وإن خرج السهم للآخر عتق المدبر أولاً بالتدبير؛ لأنه ليس له أن يدخل عليه ما ينقص تدبيره، وقد عقد له التدبير في الصحة، وهي عتاقة عقدها ينظر إلى الثلث، فإن فضل منه شيء عن المدبر عتق من العبد الذي لم يكن فيه تدبير الذي خرج سهمه على المدبر أولاً ما فضل عن الثلث وإن لم يفضل إلا دينارٌ واحد.

قال محمد بن رشد: هذا بيّن على ما قاله؛ لأن السهم إذا خرج للمدبر خرج الآخر عن الوصية، وإن خرج الآخر بدئ المدبر عليه في الثلث وأعتق هو إن حمله الثلث مع المدبر، وإن حمل بعضه عتق ما حمل الثلث منه، فيما لم يحمل الثلث المدبر وحده، فلا يحتاج إلى أن يضرب بالسهام بشِهما، إذ لا عتق للآخر مع المدبر بحال، إذا لم يكن في الثلث فضل عن المدبر. والمسألة متكررة في سماع عبد الملك من كتاب العتق وفي رسوم بيع ولا نقصان عليك من سماع عيسى منه إذا قال أعتقوه أحد هذين العبدين، وأحدهما مدبَّر، ولم يقل: أسهموا بينهما إنه يسهم بينهما على نصف قيمتهما، فإن خرج سهم المدبر وهو نصف قيمتهما فأقل خرج العبد الآخر من الوصية، وإن كان فيه فضل عن نصف قيمتهما عتق من الآخر ذلك الفضل، وإن خرج سهم الآخر وهو نصف قيمتهما فأقل عتقاً جميعاً إن حملهما الثلث، فإن لم يحملها الثلث، بدئ بالمدبر فيه، ثم أعتق من الآخر بقية الثلث، وإن كانت قيمته أكثر من نصف قيمتهما، لم يعتق منه أكثر من نصف قيمتهما، إن حمل ذلك الثلث مع المدبر وإن لم يحمل ذلك الثلث مع المدبر عتق منه ما حمل الثلث منه مع المدبر؛ لأن المدبر مبدأ عليه على كل حال. هذا معنى قوله دون لفظه وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسمعت ابن القاسم وسئل عن امرأة توفيت ولها على زوجها خمسون ديناراً وتركت شيئاً وأوصت بحجة، ولم يعلم قولها ذلك أحد غير أبيها فأتى الأب إلى الزوج فقال: إنها قد أوصت بحجة، وليس على ذلك بينة، والخمسون التي عليك، لك منها خمسة عشرون، ولي خمسة وعشرون، فهل لك أن تأخذ مما تركته الساعة، يعني من الوسط قبل أن يقسم شيئاً من الأشياء ثلاثين ديناراً لتعطى من يحج عنها وأنا أترك لك الخمسة وعشرين التي لي مما عليك؟ فرضي بذلك الزوج. قال ابن القاسم: لا خير فيه، ولا يحل، وأراه من وجه ضعْ وتعجَّل. يريد، إن الأب وضع وتعجل، وأن الزوج تعجل

على أن وضع عنه. وقاله أصبغ، وذلك إن الخمسين التي على الزوج مؤجلة لم تحل. قال ابن القاسم: ولو قال له: تخرج عشرة مما تركت يتصدق بها على فلان على هذا الشرط لم يحل.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله، إذا كان الدين على الزوج مؤجلاً يحل أجله على ما فسره أصبغ؛ لأن من حقّ الزوج أن يأخذ الخمسة عشر الواجبة له من الثلاثين، ويكون عليه الخمسة وعشرون من الخمسين إلى أجلها، فقد أعطاها معجلة على أن تسقط الخمسة وعشرون المؤجلة إذ لا فرق بين أن يأخذها الأب على ذلك لنفسه، أو لينفذها في الوصية التي لا يعلمها غيره، ألا ترى أنه لو كان لرجل على رجل عشرون ديناراً مؤجلة، فقَال له: تصدق على المساكين، أو على فلان بعشرة نقداً، وأنا أضع عنك العشرين التي لي عليك مؤجلة؟ لم يحل ذلك؛ لأن ما اشترط لغيره بمنزلة ما أخذه لنفسه، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم أيضاً: ولو قال لفلان وفلان خمسمائة ثم قال: ولفلانٍ مثله، أعطي ثلث الخمسمائة، وإنما هو بمنزلة من قال: بين فلان وفلان وفلان خمسمائة، ثم كلم في آخر فقال له مثله، كان له ثلث خمسمائة من الثلث إن حمله، أو يحاص على ما فسرت لك.

قال محمد بن رشد: قوله: كان له ثلث خمسمائة من الثلث إن حمله، يريد إن حمله مع الخمسمائة وقوله: أو يحاص يريد إن لم يحمل ذلك الثلث، فيعطي مثل ثلث الخمسمائة من ثلث الميت، ويأخذ الثلاثة الخمسمائة أيضاً فإن كان الثلث أقل من ستمائة وستة وستين وثلثين تحاصوا فيه، فكان بينهم أرباعاً، وإن كان درهماً واحداً لأن وصاياهم كلهم مستوية، ولا اختلاف في هذه المسألة، وهي تبين ما وقع في رسم بع ولا نقصان عليك من سماع عيسى من قول ابن القاسم الذي ذكره فيه من رسم العشور، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يوصي للرجل بجارية له بعد موته، هل للموصي أن يطأها؟ قال: نعم. ويوصي بعتقها فيطؤها، وذلك لأنه يرد ذلك إن شاء ويبيعها إن شاء، ولكن ما تصدق أو أعتق بتلا في مرضه، فليس له أن يطأها وإن كان إنما يكونان في الثلث، ويخرجان من الثلث؛ لأنه إذا صح أنفذ عليه من رأس المال، ولم يستطع تحويلها عن

حالهما.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه والأصل في هذا أن كلما يجوز له الرجوع فيه، فله وطؤه وكل ما لا يجوز له الرجوع فيه، فليس له وطؤه إلا المدبرة فإن وطْأها له جائز، وليس له أن يرجع فيها للسنة القائمة فيها خاصة، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسمعت ابن القاسم يقول: إذا أوصى لأجنبي، وأوصى لجميع من يرثه بوصايا سوَّاهم فيها، وسهامهم في الفرض مختلفة مورث بعضهم أكثر من مورث بعض، فأرى الورثة يحاصون الأجنبي بما فضل به بعضهم على بعض في قدر مواريثهم، ثم إن شاؤوا أمضوا بعضهم لبعض، وإن شاؤوا ردوه، فكان بينهم على قدر فرائضهم، ومن شاء منهم أمضى، ومن شاء رده. وقاله أصبغ وتفسيره أن يكون له ابنان وابنتان فيعطي كل واحد منهم مائة مائة الذكر والأنثى جميعاً في وصية أو في مرض موت بتْلاً، ثم يموت، إنه يطرح حظوظ الذكور مائة مائة وحظوظ الإناث خمسين خمسين؛ لأنه إنما أوصى لهم وأعطاهم الذي هو لهم، وتكون الوصايا والعطايا للإناث دون الذكور بخمسين خمسين، تمام المائة التي زادهم على حظوظهم فيكون موصى لهن بها فقط، فيكون ذلك وصية لوارث دون وارث، فإن أجاز ذلك الورثة لهن وإلا بطل ذلك كله ورجع مالاً وميراثاً على الفرائض، فإن أجاز واحد من الابنين للابنتين جاز لهما حصته من المائة التي جعلت له وصية لو قسمت على الفرائض وهو ثلاثة وثلاثون وثلث، بينهما ويكون لهما منه مثلها وأخذا بالميراث وأخذ الابن الذي لم يجز لهما منها مثلها تمام المائة بالميراث وبالرد للإجازة وإن أجاز لإحداهما دون الأخرى، فعلى حساب ذلك، وإن أجاز الآخر لبعض دون بعض، فكذلك، وإن كانوا معهما وصايا حول لهما بالمائة مع الوصايا ثم صار بما أصابها بينهم البين يعني على هذا التفسير على الإجازة وغير الإجازة. قال: وقال لي ابن القاسم: ولو أوصى للأجنبي وأوصى لجميع ورثته بوصايا على قدر مواريثهم سواء لم يحاصوا أهل الوصايا بوصاياهم في ثلث الميت وكان لأهل الوصايا دون الورثة إن أحاطت وصاياهم بجميع الثلث، وكذلك لو لم يكن إلا وارث واحد، فأوصى بوصايا، وأوصى لوارثه ذلك بوصية، لم يضر ذلك أهل الوصايا، ولم يحاصهم، وأسلم إليهم الثلث كله حتى يستوعبوا وصاياهم، ولو كانوا وارثين أو أكثر وأوصى لواحد منهم بشيء حاص

الوارث الموصى له أهل الوصايا بذلك، ثم رجع ذلك إلى الورثة إلا أن يجيزوه.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إن الرجل إذا أوصى لأجنبي ولجميع ورثته بوصايا سوَّاهم فيها، وسهامهم في الفرض مختلفة، فإن الورثة يحاصون الأجنبي بما فضل به بعضهم على بعض، يريد إذا لم يحمل الثلث ما أوصى به للأجنبي ولبعضهم، إذ لا فرق بين أن يوصي لأجنبي ولبعض الورثة، وبين أن يوصي لأجنبي ولجميع الورثة بوصايا متفقة، وسهامهم في الفرض مختلفة؛ لأنه إذا فعل ذلك، فقد فضل في الوصية من قل حظه في الميراث على من كثر حظه فيه. والتفضيل له عليه وصية له دونه. وتفسير أصبغ لمذهب ابن القاسم بقوله: إن ذلك مثل أن يكون له ابنان وابنتان فيوصي لكل واحد منهم بمائة مائة، فيكون قد فضل البنتين في الوصية بخمسين خمسين، فإن كان أوصى لأجنبي معها بوصية، ولا يحمل ذلك ثلثه، تحاصا فيه في الثلث الابنتان بمائة والأجنبي بمبلغ وصيته فما صار من الثلث للابنتين في المحاصة، كان سائر الورثة بالخيار، بين أن يجيزوا ذلك لهما ويمضوه، وبين أن يردوه ميراثاً بين جميعهم تفسير صحيح. وقد قيل إنهما يحاصان الأجنبي بما زاد ما أوصى به لهما على ما يجب لهما بالميراث من جميع الوصية لهما ولأخويهما وذلك ستة وستون وثلثان؛ لأن مبلغ الوصية لهما ولأخويهما أربعمائة، يجب لهما منها بالميراث مائة وثلاثة وثلاثون وثلث، وقد أوصى لهما ولأخويهما بمائتين فتبقى الوصية لهما ستة وستون وثلثان، فهي التي يحاصان بها الأجنبي وهذا القول أظهر ويجب على قياسه إذا أوصى الرجل لأجنبي، ولبعض الورثة، فلم يحمل ذلك ثلثه، ألا يحاص الورثة الأجنبي إلا بما يبقى من وصية الوارث بعدما يجب له منها بالميراث مثال ذلك: أن يترك المتوفى أربع بنين ويوصي لأحدهم بمائة دينار، ولأجنبي بمائة دينار، وثلثه مائة دينار، فيحاص الأجنبي بخمسة وسبعين؛ لأن المائة التي أوصى له بها، يجب له منها بالميراث خمسة وعشرون، خلاف مذهب ابن القاسم والمشهور في المذهب أنه يحاص بجميع المائة، ومذهب ابن القاسم على ما فسره أصبغ أنهما يحاصان الأجنبي بجميع المائة التي أوصى بها لهما، ولا ينظر إلى ما يجب لهما منهما بالميراث، هو القياس على أصله، في أن الورثة يحاصون الأجنبي بجميع وصية الوارث وإنما يحاص الورثة الأجنبي بوصية الوارث إذا لم يحمل الثلث وصاياهما جميعاً وأما إذا حملها الثلث فيأخذ الأجنبي وصيته كاملة وترجع وصية الوارث ميراثاً بين جميع الورثة إلا أن يجيزوها له، وأما إذا لم يكن له إلا وارث واحد فأوصى له ولأجنبي فليس له أن يحاص بوصيته

الأجنبي إذا لم يوص له إلا بما هو واجب له بالميراث، ولا حجة له على الأجنبي في الثلث فما دونه، وكذلك أيضاً إذا أوصى لجميع ورثته بوصايا على قدر مواريثهم، فليس لهم أن يحاصوا الأجنبي بوصاياهم، إذا لم يوص لكل واحد منهم إلا بما يجب له بالميراث، ولا حجة لهم على الأجنبي في الثلث فما دونه، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل ابن القاسم عن عبد كان بين أُختين، فحضرت إحداهما الوفاة فأوصت فقالت لفلانة أختي لأبي من مالي في العبد الذي بينها وبين أختها الأخرى لأمها وأبيها عشرة دنانير، وبقيته صدقة عليه، تعني العبد والأخت التي أوصت لها بالعشرة، ليست ترثها. قال ابن القاسم: إن لم يزد على هذا رأيت أن يباع منه، يعني من نصيبها قدر لعشرة، فتدفع إلى الأخت ثم يعتق ما بقي من حكمتها إن حملة الثلث، وقاله أصبغ ولا تحتسب العشرة في العبد فيكون للأخت ما تبلغ منه، ولكن يترك حتى يباع بقدرها ثم حينئذ يعتق ما بقي، إلا أن ترضى الموصى لها بالتمسك بقدر ذلك من العبد، لا يباع، ولا تبالي بالانكسار لثمنه في العشرة يوماً فيعطي بقدرها على القيمة منه يومئذ، ولا يعطى بقدر الذي كان يباع بالعشرة من أجزاء العبد إن كان أكثر من جزء العشرة بالقيمة وإلا بيع لها بها ما بلغت فأعطيت وعتق ما بقي لأنها سمَّت لها عشرة دنانير من ثمن عبد لها، والبيع أحيا وأوقر، وأنتم للوصية، فذلك لها فإنما جعلت كله ما يبقى بعد العشرة التي تباع منه بها إن بيع أو لم يبع فمبلغها منه، فإنما ذلك على القيمة والعدل، لا أكثر، أن مخارج الوصايا في الشيء على الأقل حتى يعرف الأكثر والبقية عتيق. قال ابن القاسم: إلا أن يوصي فيقول: بيعوا نصيبي، فأعطوا فلانا عشرة، وما بقي فهو للعبد، فإنه يباع نصيبها كله، فتعطى فلانة العشرة، وما بقي دفع إلى العبد، قال أصبغ: ولا عتق فيه حينئذ لأنه إنما أوصت له ها هنا بمال وسواء قالت: بيعوا نصيبي كله فأعطوه أو بيعوا نصيبي ولم تقل كله، فهو سواء يباع كله ويعطى ولا عتق عليه فيه.

قال محمد بن رشد: قوله في التي أوصت لأختها بعشرة دنانير في نصيبها من العبد الذي بينها وبين أختها وبقية نصيبها منه له: أن يباع لها من نصيبها من العبد بعشرة، ويعتق ما بقي من حظها منه صحيح بيِّن لا إشكال فيه. وصفةُ البيع في ذلك أن يباع على التنقيص. فيقال في النداء عليه: كم تتخذون من هذا العبد بعشرة على أن باقي نصفه عتيق؟ فيقول رجل: أنا آخذ ثلثه بعشرة، ويقول الآخر أنا آخذ ربعه بعشرة، ويقول الآخر: أنا آخذ خمسة بعشرة، فإذا وقف على شيء بيع منه ذلك القدر بعشرة،

وكذلك قال سحنون: إنه يباع على التنقيض وقول أصبغ: إن العشرة لا تحسب في العبد، فيكون لها منه بقدرها، صحيح بين؛ لأن العشرة لا تحسب في العبد، فيكون لها منه بقدرها، صحيح بين؛ لأن ذلك لا يجب عليها إلا أن تشاء إذ لم يوص لها بجزء منه، وإنما أوصى لها بدنانير. وأما قوله إلا أن ترضى الموصوف لها بالتمسك بقدر ذلك من العبد فيعطى بقدرها على القيمة منه يومئذ يريد: بأن يقوم العبد فيكون لها منه ما تقع العشرة من القيمة التي قوم بها، ولا يعطى من أجزائه بقدر ما كان يباع منه بالعشرة، ففيه نظر؛ لأن ذلك يقتضي أنه ليس لها أن تتخذ من العبد إلا ما تقع العشرة من قيمته، والذي أراه في هذا على أصلهم أنه إذا وقفت العشرة على جزء ما منه فلها أن تأخذ بالعشرة منه أقل من ذلك الجزء، وليس لها أن تأخذ منه ذلك الجزء بعشرة، إذ لا شك لها فيه، فيكون كالعبد بين الشريكين يبيع أحدهما نصيبه، فيكون للآخر أن يأخذه بما يعطي به، دون زيادة، مثال ذلك أن يقف على أن يباع منه خمسة بعشرة، فيقول هو: أنا آخذ سدسه بعشرة؛ لأنه يبعد في النظر أن يقال له: إما أن تأخذ عشرة بالعشرة لأن قيمته مائة، وإما أن تتركه فيباع لك منه خمسة بالعشرة؛ لأن أخذه سدسه بالعشرة أولى من أن يباع منه بها الخمس. وهذا بين والحمد لله وبه التوفيق.

مسألة:

قال وسألت ابن القاسم عمن قال في مرضه: بيعوا رأساً من رقيقي، فاقضوا به ديني، وبقيتهم أحرار وليس له مال غيرهم إنه يسهم عليهم، أيُّهم يباع في الدين، فمن خرج عليه السهم للدين، بيع في دينه وأسهم بعده في بقيتهم للعتق، فيعتق من خرج له السهم للعتق إن كان ذلك ثلث الميت، فإن فضل شيء من ثلثه، أسهم بين من بقي فمن خرج له السهم عتق منه بقدر ذلك الفضل. وقاله أصبغ وتفسيره أن يكون الدين ثلاثين، وجميع قيمة العبد خمسين ومائة، فيخرج السهم على عبد باسمه من عددهم على القيمة مثل أن يكونوا خمسة فبخمس القيم فإن كان العبد بثلاثين كان للدين وكان الأمر مستوفى وكان باقي المال عشرين ومائة فيسهم بين من بقي فمن خرج له السهم فله فيه قيمة أربعين فيعتق مبلغها منه وهو الثلث فإن كان كفافاً فذلك وإن بقي من الأربعين بعد قيمته وعتقه شيء أسهم بين من بقي أيضاً فمن له السهم أعتق منه تمام الأربعين، وهو تمام الثلث، يبلغ ذلك ما بلغ نصفه أو ثلثه أو أقل أو أكثر، ويرق ما بقي منه مع سائر الأعبد الذين لم يصبهم سهم البيع، ولا سهم العتق، قاله ابن القاسم وإن قصر الرأس الذي خرج السهم عليه للبيع عن دينه، كان ما بقي من الدين في جملة ما له

سوى الرقيق، قال أصبغ: إن كان له مال سواهم، يتم به دينه أتم، ثم يعتق العبيد في ثلث ما بقي أو ما حمل الثلث منهم بالسهم. قال أصبغ: وتفسير هذا أن يكون الرقيق ثلثه، وله مال سواهم من عين أو عرض أو عقار أو غير ذلك، فرأس منها بالسهم للدين ليس بمبلغ الدين ولكن يبلغ ثلث القيم، وهو رأس من عددهم لوصيته، يباع رأس منها للدين، يبلغ ذلك من الدين ما بلغ ويرجع باقي الدين في سائر المال سوى العبيد، لتخلص الحرية فيمن بقي في جميعهم، كما أوصى بمبلغ الثلث؛ لأنه خصهم بالحرية دون الدين، وخص الدين بالرأس الأول دون الحرية، فيكون ذلك للدين خالصاً والآخرين للحرية خالصاً، وباقي الدين في سائرهم، ليعرف الثلث لهم من الباقي كله بعد الدين، فيعتق منهم مبلغه على سنته بالسهم، ويرق ما بقي مما لا يسعه الثلث بعد السهم له والمعرفة. قال ابن القاسم: لو لم يقل بيعوا رأساً من رقيقي لديني وأعتقهم جملة في وصيته وعليه دين، ولم يترك مالاً غيرهم، أسهم بينهم فيمن يباع في دينه كله، حتى يباع قدر الدين كله، بيع فيه رأس أو رأسان أو أقل أو أكثر، ثم عتق ثلث ما بقي بالسهم، ورق الثلثان للورثة، إذا لم يكن له مال غيرهم، فإن كان له مال غيرهم، قضى منه دينه، ثم عتق العبيد جميعاً في ثلث ما بقي بعد الدين أو ما حمل الثلث منهم بالسهم، وقاله أصبغ أيضاً. وهذه السنة والعمل في هذا الآخر قال أصبغ: وإن قصر المال سوى العبيد عن الدين أسهم بينهم فيمن يرق لتمام الدين إن أحاط به كله، وإن أحاط ببعض رجع البعض الآخر إلى بقية العبيد فدخل معهم في عتق الوصية بالسهم عليه وعليهم.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة صحيحة حسنة مستوعبة قد فسر منها أصبغ ما أجمله فيها ابن القاسم والذي يحتاج إلى الوقوف عليه منها إن الرجل إذا أوصى بعتق عبيده في مرضه وعليه دين إنه من لم يكن له مال سواهم، فسواء قال: باعوا رأساً من رفيقي في ديني أو سكت عن ذلك، لا بد أن يقرع بينهم فيمن يباع منهم في الدين خرج منهم فيه ما خرج، ثم يقرع فيمن بقي منهم، فيعتق ثلثهم بالقرعة. وأما إن كان له مال سواهم، فإن كان قال: بيعوا رأساً من رقيقي في ديني فكما قال، وإن كان لم يقل ذلك كان الدين فيما سوى العبيد، ثم يعتق من العبيد بالقرعة ثلث جميع مال الميت بعد الدين وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألت ابن القاسم عن الرجل يقول في وصيته في مرضه: أعتقوا خيار رقيقي،

ولـم يسمِّ أحداً منهم، قال: يعتق أعلاهـم ثمناً حتى يستوعب فيهم الثلث فإن شاء الله. واحـتج بحـديث النبـي عليه السلام: " سُئِلَ أيُّ الرِّقَاب[1] أفْضَلُ؟ قَالَ: أَعْلاَهَا ثَمَناً وأنْفَسهَا عِنْدَ أهْلِها ". وقال أبو زيد بن أبي الغمر عن ابن القاسم مثله. وقاله أصبغ إلا أن يرى في مذهب الوصية أنه أراد الخيار في الدين والصلاح، لسببٍ يدل أو بساط، أو أمر، وذكْر جرى له، فأوصى عليه، فيحصلَ على ذلك، وإلا فالأفضل ثمناً إن شاء الله.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه يعتق أعلاهم حتى يستوعب الثلث فيهم، أي في المرتفعين أثمانهم منهم، فإن كان الثلث يحمل جميعهم، فقد قال ابن القاسم في كتاب ابن المواز وابن عبدوس: إنه يعتق فيه منهم المرتفعون، ولا يُعتق الوَخْشُ، مثل ثمن خمسة عشر. قال: وهذا إن كانوا متباينين في الثمن جدًّا فيعرف بذلك أنه أراد المرتفعين منهم، وأما إن كانوا متقاربين في الأثمان، فليبدأ أهل الصلاح منهم، يريد حتى يستوعب الثلث فيهم أيضاً وإن حمل الثلث جميعهم، لم يعتق فيه إلا أهل الصلاح منهم على قياس ما قاله في المرتفعين مع الوخش، وإنما ينبغي أن يحمل قوله: أعتقوا خيار رقيقي على أنه أراد المرتفعين أثمانهم دون الخيار في الدين، إن كان ممن قرأ العلم، وسمع الأحاديث ورأيت لابن زرب أنه قال: فإن كانوا معتدلين كلهم في القيمة عتق جميعهم إن حملهم الثلث، والذي في كتاب ابن المواز لابن القاسم أنه إن كانت قيمتهم متقاربة، حملت وصيته على أنه أراد بها الخيار في الدين هو الصواب والله أعلم.

مسألة:

قال وسمعت ابن القاسم يقول فيمن ترك ولداً وترك لهم مالاً فاتفق عليهم ذلك المال، ولهم مال سواه ورثوه من أُمهم، ثم طرأ دين على الميت هل يؤخذ من مالهم شيء مكان ما أنفق عليهم من مال الميت؟ قال: لا يؤخذ منهم شيء قال أصبغ: أرى أن تفض النفقة على المالين، وعلى قدر المال الذي ورثوه، والمال الذي لهم حتى كأنه

---

(١) أخرجه مسلم (١٢٢)، وأخرجه ابن ماجه (٢٥١٦)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٤٤٠٢)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٤١٠٥)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٧٥٦٧)، وأخرجه الطبراني في مسنده (١٩٦٧)، وأخرجه الجوهري في مسنده (٦١٢)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٦٣١٤)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٦٠٥٨)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٧٧٨٤).

مال واحد، فما أصاب المال الذي ورثوه، فاتفق عليهم، هدر لأن السنة أن ينفق عليهم من جميع أموالهم، فهي وإن وقعت على مال المواريث، فليس له خاصة هي منه على الجميع، فأرى أن يقسم كما فسرت لك، فما أصابها من النفقة سقطت عنه، وما بقي فكأنه متروك تُرك للدين.

قال محمد بن رشد: اختار ابن المواز قول ابن القاسم، فقال: لا يلحق الأيتام دين بحال، إلا لمن أنفق عليهم سلفاً، ولهم مال يرجع فيه. وقال في قول أصبغ: إنه حسن المسألة فيها أربعة أقوال: أحدها: إنه ليس للغرماء الطارئين أن يرجعوا على بني الميت، بما أنفق الوصي من التركة عليهم إن كان لهم يوم أنفق التركة عليهم مال ورثوه من أمهم أو من وجه من الوجوه، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية، وظاهر روايته عن مالك في النكاح الثاني من المدونة والثاني: إن لهم أن يرجعوا عليهم فيما أنفق الوصي عليهم من التركة، ويتبعونهم ديناً في ذمتهم من لم يكن لهما مال، وهو قول المخزومي في المدونة لأنه إذا رأى ذلك ديناً عليهم إن لم يكن عليهم مال فأحرى أن يؤخذ ذلك من مالهم إن كان لهم مال. والثالث: إنه إن كان لهم مال رجعوا فيه بما أنفق الوصي من التركة عليهم وإن لم يكن لهم مال لم يتبعوا بذلك ديناً في ذمتهم. والرابع قول أصبغ: إن النفقة تُفَضُّ على المالين، ولو اختلط المالان، فاتفق عليهم منه بعد اختلاطه، كانت النفقة مفروضة على المالئن. قاله ابن القاسم في المجموعة ولا اختلاف في هذا ولو أنفق عليها من غير التركة، لكانت التركة للغرماء، ولا اختلاف في هذا أيضاً. فقول ابن القاسم على قياس القول بأن الدين لا يتعين في التركة، وإنما يجب في الذمة وقول المخزومي على قياس القول بأنه يتعين في التركة. وأما القولان الآخران فهما استحسان وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: قال ابن القاسم في رجل يوصي فيقول: ثلث مالي للأقرب فالأقرب، ويترك بعده أباه وجدَّه، وأخاه وعمه، قال: يقسم ذلك عليهم قال: قدر حاجتهم وجِدَّتهم، ويفضل الأقرب فالأقرب، فأرى الأخ أقرب، ثم الجد بعد، وإن كانوا إخوة ثلاثة مفترقين، فالأخ للأب والأم أقرب، ثم الأخ للأب.

قلت: فإن كان الأخ الأقرب موسراً، والأبعد محتاجاً. قال: ما أرى إلا أن يفضل بشيء، وأن كان غنياً على وجه ما أوص به، ولا يكثر له. قال: وإن كان الذي أوصى به على هذه الوصية إنما هو حبس فالأخ أولى وحده ولا يدخل معه غيره.

قال محمد بن رشد: قوله: يقسم ذلك عليهم على قدر حاجتهم، معناه: إن لم يكونوا ورثة، فالأب لا شيء له في هذه الوصية بحال؛ لأنه وارث على كل حال، وكذلك في كتاب ابن المواز في هذه المسألة إنه يقسم عليهم بقدر حاجتهم، ويفضَّل الأقرب فالأقرب. قال محمد: قال مالك: ما لم يكونوا ورثة فإنا نرى أنه لم يرد بوصيته ورثته.

وقوله: إن الأخ أقرب من الجد صحيح، أنه يجتمع مع الموصي في أبيه فهو أقرب إليه من جده، وكذلك ولد الأخ، وولدُ ولد الأخ وإن سجلوا هم أقرب من الجد وهذا على ترتيب القرب في ميراث الولد، فالأخ أولى، ثم بنوه وإن سألوا، ثم الجد، ثم بنوه وهم الأعمام، وإن سجلوا ثم أب الجد، ثم بنوه، هكذا وإن كان الإخوة أو بنو الإخوة أو الأعمام أو بنوهم في درجة، فالشقيق أحق من الذي للأب ولما سأله عن الثلاثة الإخوة المفترقين، قال: إن الأخ الشقيق أقرب، ثم الأخ للأب وسكت عن الأخ للأم، إذ لا شيء له على مذهبه في أن من أوصى لقرابته، لا يدخل في ذلك قرابته من قبل الأم، إلا أن يكون له قرابة من قبل الأب وقد مضى الكلام على هذا في رسم أسلم من سماع عيسى، وقال: إنه يفضل الأقرب وإن كان موسراً على الأبعد، وإن كان محتاجاً، وإن كان الأقرب محتاجاً والأبعد موسراً فُضل عليه من جهتين، وإن استووا في القرب وهم جماعة قسم ذلك بينهم بالاجتهاد في قدر الحاجة ولا يُحرم الأغنياء. وقد قيل: إنه يساوي بينهم في ذلك. وذلك على اختلاف قول ابن القاسم في المدونة في الذي يوصي لأخواله وأولادهم. وقوله: وإن كان الذي أوصى به على هذه الوصية إنما هو حُبس، فالأخ أولى وحده، ولا يدخل معه غيره، فمعناه: إذا كانت وصية بسكنى للأقرب فالأقرب وأما إن كانت وصية بحبس له غلة لتقسم الغلة على الأقرب. فالأقرب كل عام، فيدخل الأبعد مع الأقرب بالاجتهاد كما إذا أوصى بوصية مال للأقرب فالأقرب. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسألت ابن القاسم فيما أعلم عن الرجل يوصي فيقول لفلان مائة، ولا يسمى شيئاً ولا يدري ما أراد، قال: إن كان البلد إنما المال فيه الدنانير، والغالب عليها، فله الدنانير، وإن كان بلد دراهم، والغالب عليها الدراهم، فالدراهم، وإن كان بلد دنانير ودراهم جميعاً فليس له إلا دراهم، ويعطى الأقل، حتى يستيقن غير ذلك إلا أن يكون لوصيته وجه، يستدل به أنه إنما أراد الدنانير أو الدراهم، فيعطى منها مثل أن يوصي

فيقول لفلان مائة دينار، ولفلان عشرة دنانير، ولفلان مائة، ولا يسمى ها هنا شيئاً، فهذا ليس له إلا الدنانير، أو يوصي فيقول: لفلان مائة دينار ولفلان عشرة دنانير أو مائة درهم، ولفلان مائة ولا يسمي شيئاً فهذا ليس له إلا الدراهم، وإن كان البلد بلاد دنانير، إذا كان هذا بساط الكلام، حتى يستدل به على ما أراد من وجه ذلك وبساطه، فيعمل فيه على ذلك. وقاله أصبغ. وهذا وجه ما سمعت منه وتفسيره.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم في هذه الرواية تفسير مجمل قوله في أول رسم الصلاة من سماع يحيى حسبما ذكرناه هناك. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسمعت ابن القاسم يقول في رجل تصدق بصدقة، وأمر أن يتصدق بها بدرهمين كل شهر على صرف اثني عشر بدينار، ثم صار الصرف عشرين بدينار، إن عليه سدس دينار كل شهر، بالغاً ما بلغ، وكذلك أوصى صاحبها قال أصبغ: يعني إن في وصيته بدرهمين من صرف اثني عشر بدينار، شرط. وقاله أصبغ وإن نقصت الدراهم عن اثني عشر، لم يكن عليه إلا سدس، وإن لم يكن ذلك بشرط في الوصية ولا بيان، فالدرهمان راتبان كل شهر زاد الصرف أو نقص.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه، لأن ذلك على قياس البيوع، لا باع رجل من رجل سلعة إلى أجل بدرهمين، من صرف اثني عشر درهماً بدينار، لم يجب له الدرهمان إذ لم يسمها إلا ليبين بها الجزء الذي باع به من الدينار، فلا يكون له إذا حلّ الأجل إلا سدس دينار، زاد الصرف أو نقص. ولو باع منه سلعة إلى أجل بسدس دينار، من يوم اثني عشر بدينار، لم يجب له عليه إذا حلّ الأجل إلا درهمان، زاد الصرف أو نقص أيضاً؛ لأنه لم يسم الجزء إلا ليبين به عدد الدراهم التي باع بها، وإذا باع بدرهمين أو بسدس دينار، ولم يقل من صرف كذا وكذا، فله ما سمى من جزء الدينار أو من عدد الدراهم. ومثل هذا في المدونة وفي سماع أشهب وسماع يحيى من كتاب الصرف. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسألت ابن القاسم عن الرجل يوصي عند موته يقول: هذا المتاع، أو هذه الدار لابني فلان، كل ذلك من ميراث من أمه، وليس أحد يعلم ما يقول، ولا يشهد على ما سمى قال: لا يقبل قوله، إلا أن يعلم أنه قد كان لها مال أو عرض فإن علم ذلك، وأتى بأمر غير مستنكر، رأيت أن يقبل ذلك منه.

قال محمد بن رشد: إقرار الرجل في مرضه بما في يديه من الدور والمتاع الذي لا يعرف ملكه لها، إنها لابنه من ميراثه في أُمة، كإقراره في مرضه بالدين من ذلك، لا يجوز إلا أن يشبه قوله، ويعرف وجه إقراره بأن يعلم أنه كان لأمه من المال نحو ما أقرّ له به وكذلك في كتاب ابن المجاز إن إقرار الرجل في مرضه بالدين لابنه لا يقبل منه إلا أن يكون لذلك وجه أو سبب يدُل وإن لم يكن قاطعاً وإن كانت الدور التي أقرّ أنها لابنه من ميراثه في أمه يعرف ملكه لها لم يجز إقراره لابنه بها في مرضه على حال، ولو أقرّ له بها في صحته، لكان إقراره له بها كالهبة تصح له، إن حازها له بما يجوز به الآباء، لمن يلون أمرهم من الأبناء، على ما في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات، وفي غيره من المواضع، خلاف قول أصبغ في سماعه من الكتاب المذكور، حسبما بيناه. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى إن فلاناً خليفة على رقيق ولده، وأولادك الرقيق الذين يقومون بأمر ولده، أيكون بها خليفة للولد؟ قال: لا، إلا بما يقوم به العبيد لولده، ولا يكون بيده في ذلك بوضع نكاح في ذكر ولا أنثى، ولا أمر مما يجوز للوصي.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال؛ لأن الوصي كالوكيل، فإذا خص بشيء دون شيء لم يكن له أن يتعدى ما خص به. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسمعت أشهب وسئل عن ميت مات، فوجد في وصيته أن عبدي فلاناً لفلان، ووجد في وصية له أخرى أن يباع من فلان، ولا مال له غيره، قال: يكون ثلث العبد بينهما أرباعاً. للموصى له به ثلاثة أرباعه وللموصى له بالبيع منه ربعه.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال؛ لأن من حقّ الذي أوصى له أن يباع منه أن يحط عنه من ثمنه ثلثه، فكان كأنه قد أوصى له بثلث رقبته فوجب أن يشتركا في ثلثه على قدر ما أوصى به لكل واحد منهما، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى فقال: أعطوا فلاناً عشرة، وفلاناً عشرين، وفلاناً السدس، أيُّ السدس يُعطى؟ أسدس الثلث؟ أم سدس المال؟ قال بل سدس المال، أرأيت العشرة والعشرين، من أين أوصى بها؟ قيل: من المال قال: فكذلك السدس إنما هو من المال.

قال محمد بن رشد: قد قيل: إن له سدس الثلث إذا كان قوله بعد وصية، وإنما

يكون له سدس المال، إذا كان قوله بعد إقرار بدين، وهو قول مالك في رواية ابن وهب عنه. حكى ذلك عنه محمد بن المواز وقال: هو من رأيه مثل رواية أصبغ هذه عن ابن القاسم، إن له سدس المال في المسألتين جميعاً لأنة إذا رأى له سدس المال، إن كان قوله بعد وصية، فأحرى أن يرى ذلك له إذا كان قوله بعد وصية ولكلا القولين وجه، فوجه قول ابن القاسم ذكره في الرواية، ووجه القول الآخر أنه لما احتمل أن يريد الموصى سدس المال وسدس الثلث لأنه الذي يتيقن به وما زاد عليه مشكوك فيه، ولا تكون الوصايا بالثلث. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عمن أوصى أن تشترى له رقبة تعتق عنه، فاشترى الوصي مدبراً وهو لا يعلم، فأعتقه، قال: لا يجوز عتقه، ولا تجزئ.

قال محمد بن رشد: قوله: لا يجوز ولايجزئ معناه: لا يجوز عتقه، ويرد إلى سيده على تدبيره، ولا يجزئ إن فات رده إلى سيده بموت أو عيب، وكذلك لو اشتراهُ وهو يعلم أنه مدبر، فأعتقه عن الميت، يرد على هذا القول، ولا يجزئ عن الميت إن فات رده بموت أو عيب، ويضمن الوصي على قول أشهب، وأحد قولي ابن القاسم. وأما على القول بأن من اشترى مدبراً فأعتقه، لا يرد عتقه، وهو أحد قولي مالك إن اشتراهُ فأعتقه يجزئ عن الميت، إذ لا يرد عتقه، وهو قول ابن القاسم، في رسم المدبر والعتق من سماع أصبغ من كتاب العتق، وسواء دلّس له بذلك البائع أو اشتراه، وهو يعلم أنه مدبر، إن كانت الرقبة تطوعاً، وأما إن كانت واجبة، فلا يجزئ عن الميت إن اشتراه وهو يعلم أنه مدبر وإن لم يرد العتق، ويضمن الوصي؛ لأن الرقبة الواجبة لا تشترى بشرط العتق، وإذا اشتراه وهو يعلم أنه مدبر، فقد اشتراه بشرط العتق إذ لا يجوز أن يباع المدبر على غير العتق، فإن بيع على العتق مضى العتق ولم يرد على هذا القول، ولا يجوزعند مالك أن يباع المدبة ممن يعتقه، وإنما يجوزعنده أن يعطي سيده مالاً على أن يعتقه، ويكون الولاء له.

وقد وقع في رسم صلى نهاراً ثلاث ركعات من كتاب الصدقات والهبات، ما ظاهره جواز ذلك، إلا أن يتأول على خلاف ظاهره. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجلٍ أوصى أن يشترى له رقبة بثلاثين ديناراً فتعتق عنه فاشتراها الوصي، فأعتقها، ثم استحق رجل نصفها، قال: فالمستحق بالخيار، إن شاء أجاز البيع

وأخذ نصف الثمن، وإن شاء أخذ نصفها وقوّم على الوصي ذلك النصف الذي استحقه المستحق، يقوم على الوصي في ماله، لا على الورثة. قال أصبغ: وقد كان قال لي قبل ذلك في ذلك المجلس: إنه إنما يقوم على الورثة، يعني في مال الميت. قال أصبغ: والورثة أعدل أن يقوم عليهم في ثلث الميت.

قال محمد بن رشد: وإذا قوم على الوصي ذلك النصف اتبع هو البائع بنصف الثمن، فإن كان فيه فضل عما قوم به عليه، رد الفضل على الورثة، وإن كان فيه نقصان، كان عليه، كما أنه لم يجد البائع، كانت المصيبة منه، وإذا قوم على الورثة في مال الميت على أحد قولي ابن القاسم، واختيار أصبغ، فلا شيء على الوصي، وهم يتبعون البائع بنصف الثمن، ولا اختلاف في وجوب تقويمه على الوصي جارٍ على ما تقدم من الاختلاف في وجوب تضمينه ما أخطا فيه. وقد مضى القول على ذلك في أول السماع، وفي رسم الأقضية من سماع أشهب، وذكر ابن المواز قول ابن القاسم في إيجاب تقويم النصف على الوصي واستحسان قول أصبغ أن يقوَّم على الورثة قال: ولا يعجبني القولان، ولكن إن كانت الثلاثون بعينها، فلا يعتق إلا نصفه حتى يؤخذ من البائع بقيمة ثمنه فيتم به عتقه، وإن لم تحسن بعينها، فليتم عتق ما بقي منه من ثلث ما بقي، بعد أن يسقط منه نصف الثلاثين التي تلفت عند البائع، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم قال في رجلٍ أوصى لقوم بوصايا، ولرجل آخر أن ينفق عليه ما عاش، فمات الموصى له بالنفقة إنه يحاص ورثة الموصى له بالنفقة أهل الوصايا في جميع الثلث، بقدرها عاش صاحبهم بعد موت الموصي بنفقة مثله فيه. قال: ويحاص من يوم كانت الموصي ليس من يوم يجمَع المال أيضاً لأن صاحبهم لو كان حيًّا كان يعمر على ذلك، ويحاص بما يصيبه، فيدفع إليه، أو وقف له. فإن مات قبل أن يستنفده رجع أهل الوصايا في ذلك الفضل، حتى يستوعبوا وصاياهم كاملة، وتكون الفضلة فيه بعدُ لورثة الموصي فإن بلغت ما عمر واستنفذ لم يرجع على أهل الوصايا في شيء ولم يعمر أيضاً ثانية يوم يرجع؛ لأنه قد اجتهد له، واجتهد فيه، وتطاول، فكأنه حكمٌ حكم به، ووقع ومضى. وهذا أحب إلي من الرجوع. والقياس في الرجوع في التعمير ثانية، ومن وراء ذلك، فإنما يعمر يوم يرجع ثانية، فيرجع على أهل الوصايا بما يصيبه في ذلك على كل واحد منهم، بقدر ما صار له في نصيبه من ذلك، ملياً كان أو معدماً ولا يرجع على الملي بأكثر من الذي يصيبه في ذلك، وإنما يتبع

المعدم بمنزلة وصية طرأت بعد اقتسام أهل الوصايا الثلث، وشهد على وصية الميت بها، ولم يكن علم بها، وإنما يرجع صاحبها على أهل الوصايا على كل واحد منهم بما كان يصيبه في المحاصة أن لَوْ حاص بها معهم يومئذٍ في الأول ثم يوقف لذلك المعمر ما أخذ من ذلك، ويصنع فيه كما فسرت لك أولاً لمن يرى الرجوع ثانية، ولستُ أراه. وقالها أصبغ كلها إلا قوله في نفقة المعمر: إنها توقف إن مات قبل أن يستنفذوه، رجع إلى أهل الوصايا وإن استنفذه لم يرجع فهذا محال، ولا يجتمعان من رأى أن لا يرجع إذا استنفذ، مضى له ما أخذ في التعمير والمحاصة بتْلاً مالاً من ماله، يصنع به ما شاء، وهذا رأْي، ولا أعلم ابن القاسم إلا رجع إليه وقاله، لا شك فيه إن شاء الله. ومن رأى أنه يرجع على أهل الوصايا، رده في المحاصة، ويعمر ما بقي، ورجع على أهل الوصايا إذا استنفذه والقياس الذي عليه أهل الكلام وصحة ذلك أن يوقف، ويكون لأهل الوصايا إن لم يستنفذه، ويرجع عليهم إن استنفذه، ولا يبتل له عند المحاصة، فتحال وصية الميت عما أوصى به. وهذا رأي أشهب، وأنا أقول بقول ابن القاسم، في إبطال ذلك له حكماً عند إحالة الوصايا استحساناً، كالخدْمة يوصي بها لرجلٍ أو السكنى فتحول الوصايا فيضرب له بقيمتها أو يعطى ذلك قتلا يصنع به ما شاء، ولا يجعل في سكنى ولا خدمة ولا يوقف عنه، ولو كانت داره لأوقفته ولو أوقفه لذلك عنه لجعلت له الرجوع، ولا أوقفه وأبتله له يصنع به ما شاء مالاً من مله، ويسقط عنه ما سوى ذلك استنفذه أو لم يستنفده. وتفريق ابن القاسم بين ذلك محال.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب، وفي رسم العربية من سماع عيسى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب الوصايا والأقضية

قال سحنون: وسئل عن رجل أوصى، فقال: ثلثي لولد عبد الله بن وهب: أيدخل ذكور ولد عبد الله بن وهب في ذلك؟ فقال: نعم قيل له: فبنات عبد الله الإِناث، ويدخلون في ذلك؟ قال: لا إنما أراد بذلك الذكور، فقط، إلا أن يقول: ثلثي لبني عبد الله فيدخل الذكور والإِناث من ولد عبد الله، قيل له: فإن قال لبني عبد الله، توفي واحد، وولد اثنان: والموصي حي، ثم مات، قال: يدخلان، إنما هو على من أدركه القسم. قال أصبغ: بني عبد الله، يجمع الذكر والأنثى وولده يجمع الولد وولد الولد الذكور.

قال محمد بن رشد: إنما سأله هل يدخل ذكور ولد عبد الله بن وهب في وصية الرجل لولد عبد الله بن وهب؟ من أجل أنهم جماعة، والموصي إنما أوصى بلفظ الواحد، فقوله: إنهم يدخلون كلهم صحيح لا إشكال فيه؛ لأن الولد يقع على الواحد وعلى الجميع، وعلى الذكر والأنثى أيضاً وقوعاً واحداً؛ لأنه اسم للجنس قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أَنَا سَيِّدُ[1] وَلَدِ آدمَ وَلا فَخْرَ ". ولم يقل: أنا سيد أولاد آدم. وإنما قال في هذه الرواية: إنه لا يدخل في وصيته لولد عبد الله بناته، وإن كان الولد يقع على الواحد وعلى الجميع، وعلى الذكر والأنثى وقوعاً واحداً في اللسان العربي من أجل أن الولد قد يعرف عند عامة الناس بالولد الذكر، دون الأنثى فإذا سألت منهم من له بنات، هل له ولد؟ يقول: لا ولد لي، وإنما لي بنات، فلما كان لا يعرف أن الولد يقع على الذكر والأنثى إلا الخاص من الناس، حمل قول الموصي على ما يعرف من مقصد عامتهم، فهذا وجه هذه الرواية. والمشهور في المذهب أن يحمل قول الموصي على ما يقتضيه اللسان العربي، وهو نص ما في المدونة. قال فيها فيمن أوصى لولد فلان: إنه يدخل في ذلك ذكور ولده وإناثهم ونحوه في الموطأ وفي الحبس من العتبية في غير ما موضع من سماع ابن القاسم وسماع عيسى. وقد قال ابن لبابة في هذه الرواية إنها خلاف القرآن قال الله عزْ وجل: ﴿يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١] فالناس مجمعون على أنه إذا أراد الذكران والإناث. وقال أيضاً: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٢] قيل له: فلو نزل هذا، ما كنت تقول قال: أعوذ بالله من مخالفة القرآن، وهو تحامل منه في القول، إذ ليست الرواية بمخالفة للقرآن كما قال؛ لأن القرآن نزل بلسان عربي مبين، كما قال عزْ وجل. فوجب أن تحمل ألفاظه على ما يقتضيه في اللسان العربي. وأما الموصي فإنما تحمل ألفاظه المحتملة على ما يغلب على الظن أنه أراده بها، فمرةً غلب على ظنه أنه أراد بالولد ما

---

(١) أخرجه البخاري (٣١١٤)، وأخرجه مسلم (٢٩٢)، وأخرجه الترمذي (٢٣٧٢)، وأخرجه أبو داود (٤٠٥٦)، وأخرجه ابن ماجه (٣٠٦٤)، وأخرجه أحمد في مسنده (٩٤١١)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٦٦٠٣)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٨٨٣٠)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (١٠٧٨٣)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦٢٨٣١)، وأخرجه أبو بكر البزار في البحر الزخار (١٩٤٩)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣١٠٤٧)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (١٤٩٣)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢٦٨٦)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٤٢٦٩).

يقتضيه اللسان، ومرة غلب على ظنه أنه أراد به ما يعرفه عامة الناس، وعلى هذه الرواية، لا شيء في الوصية لولد ذكور عبد الله، وأما إذا قال ثلثي لبني عبد الله، فلا اختلاف في أنه يدخل في ذلك الذكور والإناث من ولد عبد الله ويدخل فيه من وُلد قبل موت الموصي إلا أن يسميهم بأسمائهم. ويختلف فيمن ولد بعد موت الموصي وفي من مات بعد موته. فعلى قوله في هذه الرواية: إن ذلك على من أدركه القسم، يسقط حقّ من مات، ويدخل من ولد. وقد قيل: إنه لا يسقط حقّ من مات، ولا يدخل من وُلد. وهذا على اختلاف قول ابن القاسم في المدونة في الذي يوصي لأخواله وأولادهم مرة حملهم على المعنيين، فقال: إن المال يقسم بينهم بالسواء، فعلى هذا لا يسقط حقّ من مات، ولا يدخل من ولد. ومرة قال: يقسم فيهم بالاجتهاد، فعلى هذا يسقط حقّ من مات، ويدخل من ولد، ويقسم عل من أدرك القسم، وهو قوله في هذه الرواية، ومثله في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم، في الذي يوصي لقوله أو لبني عمه. وانظر مسألة رسم الوصايا من سماع أشهب، ولا يدخل في ذلك على هذه الرواية أحد من ولد الولد، فقول أصبغ: إن بني عبد الله لجمع الذكر والأنثى، يريد من بنيه دِنْية ولا يدخل في ذلك أحد من ولد ولده، وقوله: وولد بجمع الولد وولد الولد الذكور، يريد أنه يجمع الولد ذكورهم وإناثهم وولد الولد الذكور منهم، ذكورهم وإناثهم؟ بالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: سمعت ابن وهب وسئل عن رجل أوصى فقال: ثلث مالي لِإخوتي وله ستة إخوة مفترقين: إخوان لأم وأب وإخوان لأم، وإخوان لأب وليس له وارث غيرهم، فقال هو ميراث، لا يجوز وصية لوارث.

قلت له: إن الأخوين للأب، لا يرثان ها هنا شيئاً، إنما يرث الإخوان للأب والأم، والإخوان للأم الثلث، قال: يعزل هذا الثلث، ويكون ثلث الثلثين الباقين للأخوين للأم، وثلثا الثلثين للأخوين للأب والأم، وينظر إلى هذا الثلث، فما كان يصير للأخوين للأب والأم، والأخوين للأم منه فهو ميراث قال أصبغ: وتفسير قوله هذا: أن يقسم الثلث على الستة الإخوة بالسواء، فما أصاب الأخوين للأب من ذلك وهو ثلثه، فهو لهما، وش صار للأخوين للأب والأم والأخوين للأم، فهو ميراث على كتاب الله مع ثلثي المال؛ لأنه لا تجوز وصية لوارث. قالت أصبغ: فقيل له: فإن كان له ابن هو وارثه، وله هؤلاء الإخوة، فقال: ثلثي لِإخوتي فتوفى ابنه، ثم توفي هو بعد ذلك،

وصاروا هم أوراثه، فقال: هي مثل هذه الأولى سواء قال أصبغ: هو كما قال في استواء المسألتين هما مستويتان، والجواب فيهما على غير ما قال في التحاص.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة صحيحة لا إشكال فيها. وقول أصبغ والجواب فيهما على غير ما قال في التحاق خطأ وقع في الرواية من الناسخ، فتداولها النقل على ذلك الظن، للظن أن لذلك وجهاً، ولا وجه لها. وصوابها والجواب فيها على ما قال في التحاص، إذ لا فرق بين أن يوصي الرجل لوارثه، وبين أن يوصي له وهو غير وارث، ثم يصير وارثاً بموت من كان يحجبه عن الميراث وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل أوصى لقوم بوصايا، ولرجل آخر أن ينفق عليه ما عاش مما بقي من ثلثه، فلم ينفذ ذلك الوصي حتى مات الموصي له بالنفقة حياته. قال: يعطي أهل الوصايا وصاياهم، فإن فضل عن الثلث شيء أعطى ورثة الموصى له بالنفقة قدرها عاش صاحبُهم بعد موت الموصي، يعطي من يوم مات الموصي ليس من يوم يجمع المال، فما فضل رجع إلى ورثة الموصي، وقاله أصبغ، ولو لم يمت وبقي حتى يجمع المال، جمع له ما كان يصيبه من النفقة من يوم مات الميت، وأعطيه، ولم يطرح عنه ما بين الموت إلى جمع المال، وتنفيذ الوصية، فكذلك يكون له بعد موته، والوصية في مثل هذا فيما يرى من يوم مات الموصي.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما تقدم في الرسم الذي قبل هذا لأن النفقة واجبة له من يوم مات الموصي، فإن كان حياً حسبت له نفقته من يوم مات الموصي في بقية الثلث، وإن كان قد مات، كان ذلك لورثته ميراثاً عنه وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: سألت ابن وهب عن رجل أوصى فقال: ثلثي لفلان، ولفلان عشرة دنانير، ولا ينقصوا صاحب الثلث شيئاً. قال فالثلث كله له، وليس لهؤلاء شيء، من أين يأخذون وصاياهم إذا قال لا تنقصوا صاحب الثلث شيئاً؟

قلت وكذلك لو أوصى فقال: لفلان ثلث مالي ولفلان عشرة دنانير، ولا تنقصوه من العشرة شيئاً، والثلث عشرة. قال لي: نعم أراها تشبه الأولى. والله أعلم.

قلت: تكون العشرة له كلها ويسقط الذي أوصى له بالثلث، فقال: هكذا قال، لا تنقصوه من العشرة شيئاً، قيل له: سواء كانت العشرة مقدمة في اللفظ قبل الثلث أو مؤخرة، فقال: ثلثي لفلان ولفلان عشرة، ولا تنقصوه شيئاً أو قال لفلان عشرة، ولا

تنقصوه شيئاً، وثلث مالي لفلان، قال: نعم، سواء كانت مقدمة أو مؤخرة إلا أن يتبين له أنه فسخ. وقاله أصبغ كله.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة صحيحة لا وجه للقول فيها وبالله التوفيق، لا إله إلا هو.

مسألة:

قال: وسمعته يقول في الرجل يوصي لقرابته بمال، إنما يقسم ذلك على الأقرب فالأقرب من نحو أبيه، ويبدأ بالفقراء منهم حتى يغنوا من تلك الوصية، فإن فضل عنهم شيء عطف به على من بقي من أقاربه من الأغنياء. قال: وقد رأيت مالك بن أنس يرى أن أهل الرجل عصبة، يعني إذا أوصى بمالٍ أن يقسم في أهله. قال ابن وهب: وما أوصى به على مساكينه، فإن مساكينه من يرجع إليه نسبه ومواليه الذين هم موالي عتاقة قال ابن القاسم: ونحن نرى إذا كان المال واسعاً أن يؤثر بذلك القرابة، الأقرب إليه فالأقرب، ويعطي مواليه من ذلك، ولا يحرموا إذا كانوا مساكين، فالوصي ينظر على قدر الاجتهاد، ولا يخيب هؤلاء ولا هؤلاء لأنه إنما قال على مساكينه، ولم يقل على أقاربه. قال أصبغ: أرى ذلك حسناً على ما اشترط في الفتيا.

قال محمد بن رشد: قد مضى الكلام على هذه المسألة في أول رسم من سماع ابن القاسم، وفي رسم أسلم من سماع عيسى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: سمعت ابن وهب وسئل عن رجل أوصى ثم مات الموصى إليه، وأوصى إلى رجل آخر بوصيته ووصية الرجل الأول، فقال الموصى إليه الثاني: أما وصيته، فأنا أقبلها، وأما وصية الأول فلا أقبل؛ لأن فيها ديوناً وتخليطاً أترى ذلك له؟ قال: نعم، ويرفع ذلك إلى القاضي حتى يستحلف على ذلك، قال أصبغ: لا أرى ذلك؛ لأن وصية الأول من وصية الثاني، فليقبل على وجهها أو ليدع، فإن قبل بعضها فتراه قبولاً للجميع وتلزمه كله.

قال محمد بن رشد: قول ابن وهب أظهر من قول أصبغ أن يلزمه ما التزم، ويقدم القاضي على وصية الرجل الذي لم يلتزم، ووجه قول أصبغ أن الموصي إنما أوصى إليه بالجميع، فإما قبل الجميع، وإما رَدَّ الجميع، ورأى أنه إذا قبل البعض فقد لزمه بالقبول له النظر فيه، والنظر فيه وحده، ليس له إذا لم يجعل إليه النظر، إلا في الجميع، فألزمه الجميع، إذ ليس له أن تبعة عليه وصيته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل توفي وترك ثلاثة من الدور، قيمة كل دار مائة دينار، وأوصى لرجل بخمسة دنانير، فقال الورثة: ليس عندنا شيء نعطيه، ولن نعطيه شيئاً قال: يخير الورثة، إما أن يعطوه ما أوصى له به، وإما أن يقطعوا له بثلث ما ترك الميت، قيل له: أوَلا يبيع له السلطان من تلك الدور بقدر الخمسة، ويترك ما بقي للورثة؟ قال: لا ولكن يخيرون، وذكره عن مالك بن أنس فقال له أصبغ: قد روى ابن القاسم مثله عن مالك في المال الغائب والمفترق.

قال محمد بن رشد: هذا صحيح على معنى ما في المدونة، وعلى ما تقدم في رسم المكاتب من سماع يحيى وعلى ما حكى أصبغ في الرسم الذي قبل هذا عن مالك وجميع أصحابه، فعلى الورثة على مذهبهم أن يعجلوا للموصي له الخمسة الدنانير التي أوصى له بها، بأن يبيعوا فيها معجلاً ما شاء ومما ترك الميت من دار أو غير ذلك مما يمكن بيعه، وليس لهم أن يؤجلوا في ذلك ليشدوه لبيع طلب الزيادة فيه إن كان أصلاً ولا ليبيعوه على الطالب أو ينتظروا به الأسواق إن كان عرضاً، ويقال لهم: إما أن تعجلوا له الخمسة، وإما أن تقطعوا له بثلث الميت في كل شيء، وكذلك لو كان جميع مال الميت ديناً مؤجلاً، لقدرتهم على بيعه بما تباع به الديون، وأما لو كان مال الميت مالاً يجوز بيعه، كالزرع الذي لم يحل بيعه، أو الثمرة التي لم يبد صلاحها، لوجب على الموصي له بالنقد الانتظار حتى يحل بيع مال الميت، إذ ليس على الورثة أن يعجلوا ذلك من أموالهم، وأصبغ يخالف في هذا كله على ما تقدم من قوله في الرسم الذي قبل هذا وروى ابن أبي جعفر عن ابن القاسم نحو قول أصبغ. وقد تقدم ذكر ذلك في رسم المكاتب من سماع يحيى وقوله: إن الإمام لا يبيع له من الدور بخمسة صحيح، إذ ليس ذلك بواجب على الورثة، فيحكم به عليهم، كما أن الإمام لا يبيع على الرجل ماله في النفقة على زوجته، وإنما يقول له: أنفق أو طلق، فكذلك هذا. وأهل العراق يقولون: إذا لم تحمل وصيته ثلث ما حضر من ماله، وله مال غائب، أعطي من وصيته قدر ما حمل منها ثلث المال الحاضر، وتكون بقيتهما في المال الغائب، قالوا: ولا يقطع له لغيبة بعضا المال بأكثر مما أوصى له به وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: قال لي ابن وهب في رجل أوصى فقال لموالي كذا وكذا لشيء سماه لكل واحد منهم، وله موالي أعتقهم، وله أنصاف مماليك، كانوا بينه وبين آخر، فأعتق

نصيبه، فقال: أرى أن يعطى أولئك الأنصاف، يعطى كل واحد منهم نصف ما يعطى المولى التام، إن كان جعل لكل عشرة عشرة، فلهؤلاء خمسة خمسة، وإن كان جعل لهم أربعة أربعة، فلهؤلاء ديناران ديناران لأن هؤلاء الأنصاف، ليس ينتسبون إليه وحده.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم سلف من سماع عيسى فلا وجه لإعادته.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى فقال: أعطوا فلاناً ثلث مالي وخيِّروه أتراها وصية؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: كما قال: إنها وصية، ألا إنها وصية جعل إليه فيها الخيار، فلا تجب له حتى يختار، ويقبل باتفاق وأما إذا أوصى له ولم يخيروه، فقيل أيضاً: إنها لا تجب له حتى يقبل بعد موت الموصي، وهو المشهور، وقيل: إنها تجب له بموت الموصي قبل القبول فعلى هذا إن مات الموصى له بعد موت الموصي قبل أن يقبل أو يرد يجب لورثته، ولا يكون لهم أن يردوها لورثة الموصي إلا على سبيل الهبة، من قبولها، وعلى القول الأول، ينزل ورثة الموصي له منزلته في القبول إن مات قبل أن يقبل، وقد قيل: إنها تبطل إن ما قبل أن يقبل حكى ذلك عبد الوهاب عن أبي بكر الأزهري وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعت ابن وهب قال: وسئل عن رجل أوصى لرجل بمزود جديدة ثم لتَّها بسمن وعسل ومات، أتراه رجوعاً في الوصية؟

قال: لا قيل له: إن الطعام لا بد لهم منه، قال: لهم طعام، وطعام قد صنعه، واحتج أيضاً فقال: وكذلك لو أوصى له بعبد ثم علمه الكتابة بعشرة دنانير، إن هذا ليس برجوع أيضاً. قال أصبغ: ليس هذا برجوع ولا تكون له بلغاتها، ولكن يكون شريكاً فيها بقدرها من قدر اللغات بمنزلة الثوب يوصي له به أبيض، ثم يصبغه، والبقعة تراثاً ثم يبنيها.

قال محمد بن رشد: تنظير أصبغ، مسألة الذي يوصي بالجديدة، ثم يلقنها بمسألة الذي يوصي بالثوب ثم يصبغه، صحيح، يدخلها من الاختلاف ما دخلها قيل: إنه يكون للموصى له مصبوغاً، فعلى هذا تكون الجديدة له ملتتة، وهو مذهب ابن وهب، بدليل

تنظيره لذلك بالذي يوصي بالعبد لرجل، ثم يعلمه الكتابة، إذ لا يكون الورثة شركاء فيه بقيمة الكتابة، إذ ليست بعين قائمة.

وقد مضى تحصيل هذه المسألة في نوازل سحنون فلا وجه لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: سمعت ابن وهب وسئل عن امرأة أوصت ودعت شهوداً فقالت: هذه وصيتي مطبوعة اشهدوا على ما فيها لي، وعلي وقد أسندتها إلى عمتي، وما بقي من ثلثي فلعمتي، فماتت، ففتح الكتاب، فإذا فيه ما بقي من ثلثي فلليتامى والمساكين والأرامل. قال: أرى أن يقسم بقية الثلث بينهما يريد، بين العمة وبين الصنوف الآخرين بنصفين بالسواء، بمنزلة أن لو كانا رجلين وسألت عنها ابن القاسم فقال لي مثله.

قال محمد بن رشد: " هذا صحيح على القول بإجازة الشهادة على الوصية المطبوعة. وقد مضى في رسم الأقضية من سماع أشهب ما يجوز من ذلك مما لا يجوز، وما اختلف في إجازته منه، فلا معنى لإعادته. وعلى مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وغيرها، في أن من أوصى لرجل بشيء ثم أوصى به لغيره، يقتسمانه بينهما ولا تكون وصيته الأسرة ناسخة للأولى خلاف قول أشهب في سماع زونان وقد مضى الكلام على ذلك هنالك. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ سمعت ابن وهب وسُئِل عمَّن قال: قد أوصيت لأبي محمد، بما ولدت جاريتي هذه أبداً. قال: إن كانت يوم أوصى حاملاً فهو له، قيل له: فإن لم تكن حاملاً يوم أوصى قال: فلا شيء له.

قلت: فإن حدث بها حمل بعد، قال: فلا شيء له لأنها صارت، أو قال: تصير لقوم آخرين، قلت أفيبيع الجارية سيدها؟ قال: نعم يبيعها إن شاء.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أنه أوصى له بما ولدت جاريته ثم مات، ولذلك قال: إن كانت حاملاً يوم أوصى له فهو له، وإن حدث بها حمل بعد فلا شيء له، وأما إن لم يمت حتى ولدت أولاداً فله كل ما ولدت في حياته، كانت حاملاً يوم أوصى، أو لم تكن إلا أن يبيعهم أو يرجع عن وصيته فيهم؛ لأنه إذا جاز للرجل أن يهب للرجل ما تلد جاريته حياتها. جاز أن يوصي بذلك، فيكون للموصي له ما ولدت في حياة الموصي، فإن مات وهي حامل فحملها الثلث، وقفت حتى تضع فيأخذ الفوري له بالجنيين الجنين، ثم يتقاسمون الأم والجنين ولا يفرق بينهما، ولم يجز

للورثة أن يعطوا الموصى له شيئاً على أن يترك وصيته في الجنينين، قال ذلك في المدونة وغيرها، وإن لم يحملها الثلث، فأحب الورثة أن يوقفوها له حتى تضع، فذلك لهم، وإن كرهوا لم يكن ذلك عليهم، وسقطت الوصية لأنها وصية فيها ضعف قال ذلك ابن حبيب في الواضحة واختلف إن أعتق الورثة الأمة والثلث يحملها، فقيل: يعتقها في بطنها بعتقها، وتبطلُ الوصية به، وهو الذي في المدونة وقيل: إنه لا عتق لهم فيها حتى تضع، وهو قول أصبغ في الواضحة وأما إن كان الثلث لا يحملها، فعتقهم فيها جائز. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الكراء والأقضية

قال أصبغ: وسمعته يقول في اليتيم إذا أنس منه الرشد أتدفع إليه وصية ماله بغير إذن الإمام؟ قال: إذا كان أمر قد تبين للناس فنعم، ولا ضمان عليه، وإلا فلا إلا بأمر الإمام. فإن تعدى ذلك فهو ضامن إذا كان يشك في أمره.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم سلعة من سماع ابن القاسم فلا وجه لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب الوصايا للصغير

مسألة:

قال أصبغ: قال ابن القاسم: من قال: ثلثي لفلان وفلان ثم قال بعد ذلك ولفلان مائة، أو أعطوا فلاناً مائة لأحد الثلاثة، ضرب له بالأكثر المائة التي كانت التي سمى أو مبلغ وثلث الثلث يحاص بأكثرهما فقط؛ لأنهما وصيتان أي بمال، قال أصبغ: فيها شيء، ولها تفسير.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه يحاص الذي أوصى له بالمائة بالأكثر منها أو من ثلث الثلث، صحيح على المشهور في المذهب، من أن من أوصى له بوصيتين من جنس واحد، يكون له الأكثر من الوصيتين، والتفسير الذي لها عند أصبغ، هو ما روى عنه من أنه إذا أوصى له بمائة دينار، ثم أوصى له بثلثه في وصية أخرى، فإن كان ماله كله عيناً ضرب بأكثر الوصيتين، وإن كان عيناً وعرضاً ضرب له بثلث العروض، ونظر إلى ثلث العين، فإن كان أقل من مائة أو أكثر، ضرب له بالأكثر، وإن كان ماله عرضاً كله، ضرب بالثلث وبالمائة، وإن لم يكن معه أهل الوصايا، فإنما له الثلث، إلا أن يجيز له الورثة الوصيتين جميعاً والظاهر من مذهب ابن القاسم أن له الأكثر من الوصيتين،

وأنه يحاص بذلك إن كان معه أهل الوصايا سواء كان ماله عيناً أو عرضاً أو عيناً وعرضاً. وقد حمل سحنون قول أصبغ على التفسير لقول ابن القاسم، فقال: معناه: إذا كان مال الميت كله عيناً، واختلف في ذلك قول أشهب، فقال مرة مثل قول أصبغ وسحنون، وقال مرة: إذا أوصى له بالثلث وبمائة أو عبد ضرب بالوصيتين جميعاً فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: أحدها إنه يخاف الأكثر من الوصيتين، كان ماله عيناً أو عرضاً وكانت الوصية له بعين أو عرض، وهو ظاهر قول ابن القاسم. والثاني إنه يحاص بالأكثر من الوصيتين جميعاً من غير تفصيل، وهو أحد قول أشهب. والثالث التفصيل الذي لأصبغ وسحنون، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم وسئل عن الذي يوصي لرجل بربطة ثم يقطعها قبل أن يموت قميصاً قال: لا أرى له شيئاً.

وسئل عن الذي يوصي لرجل بجارية فيطؤها، فقال: إن الوصية له ثابتة إذا أقرها وليس الجارية، ووطؤها من هذا. وأخبرت عن ابن القاسم في السفينة يوصي بها لرجل فينقضها كلها لا شيء له؛ لأنها قد حالت. وفي الذي يوصي لرجل ببقعة فيبنيها، إنهم شركاء على قيمة العرصة والبنيان، سمعتها منه. قال أصبغ: وهذا كله رأيي وقولي وإنما نقض السفينة بمنزلة تقطيع الربطة فهو رجوع، وإنما وطء الجارية بمنزلة لباس الثوب وبمنزلة خدمتها، فليس ذلك رجوعاً في الوصية، وكذلك سكنى الدار وإنما الرجوع بالبيع والإحداث وشبهه.

قال محمد بن رشد: لا اختلاف في أن الوصية بالجارية لاتبطل بوطئها ولا باستخدامها، ولا في أن الوصية بالدار لا تبطل بسكناها. وأما الذي يوصي بالربطة ثم يقطعها قميصاً، فقيل: إن الوصية تبطل بذلك، وقيل: إنها لا تبطل، وقيل: إنها تبطل إن سماها ربطة ولا تبطل من سماها حين أوصى بها ثوباً وشبهها، كما قال في السفينة يوصي بها ثم ينقضها فتبطل الوصية بذلك فيها، على قياس قوله في الربطة يوصي بها ثم يقطعها قميصاً.

وقد مضى تحصيل الاختلاف في الذي يوصي بالبقعة لرجلٍ ثم يبنيها أو بالدار ثم يهدمها في نوازل سحنون، فلا وجه لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول في رجل أوصى لرجل بألف درهم على

مكاتبه فقال الورثة للموصى له: نحن نعطيك الألف، وتكون جميع الكتابة والعبد لنا فأبى ذلك وقال: يكون لي في العبد والكتابة، لعله يعجز، قال: ليس ذلك له، وذلك للورثة إذا دفعوا إليه الألف؛ لأنه يأخذ ما سمّي له الألف درهم فليس له غير ذلك.

قال محمد بن رشد: لم يفرق في هذه الرواية بين أن تكون الألف قد حلت على المكاتب أو لم تحل عليه، بل الظاهر منها أنها لم تحل عليه فهي إذا حلّت أحرى أن لا يكون للموصى له في ذلك قوْل ولا حجة، فذلك خلاف ما في رسم الوصايا من سماع أصبغ، من كتاب المكاتب، في الذي يوصي بنجم من نجوم مكاتبه، فيقول الورثة: نحن ندفع إليك النجم، ويقول الموصى له: لا أرضى بذلك لعله أن يعجز فيكون لي فيه حق، فقال: إن كان النجم لم يحل فذلك له، وإن كان قد حلَّ، فذلك لهم، وهو أظهر من قوله في هذه الرواية؛ لأن الموصى له ينزل بالوصية فيها على المكاتب، بمنزلة المشتري، ولا اختلاف في أن المشتري لجزء من كتابة المكاتب، أو لنجم غير معين من نجومه، على القول بجواز ذلك، لا يكون للشريك أن يدفع للمشتري ماله على المكاتب، ويتبع بذلك المكاتب، فيكون أحق برقبته أن عجز. والوجه في هذه الرواية أن الموصي إنما قصد إلى الوصية بالألف بالرقبة إن عجز، فإذا أعطى الورثة الموصى له ماله على المكاتب، وعجلوا ذلك له، لم تكن له حجة، فعلى هذه الرواية، لو لم يعجل الورثة له بالألف فعجز لم يكن للموصى له بها حقّ في رقبة المكاتب. وهذا على القول بأن لموهوب كتابة المكاتب، لا تكون رقبته إن عجز، وهو أحد قولي ابن القاسم في روايتي أبي زيد عنه في كتاب المكاتب، إذ لا فرق بين الوصية والهبة في هذا. وقد قيل إن معنى هذه الرواية أن الألف كانت حالة على المكاتب، فليست بخلاف لما في سماع أصبغ من كتاب المكاتب، ولو دفع إليه الورثة الألف قبل أن يعجز على القول بأن رقبته كانت تكون له لو عجز، فعجز المكاتب فيها قبل أن يدفعها إليهم أو فيها بقي من الكتابة بعد أن دفع الألف إليهم، كانت رقبته لهم ولم يكن للموصى له أن يرد الألف إليهم ويشاركهم في الرقبة كما يكون للموصى لهم بالكتابة إذا قبض بعضهم ما أوصى له به منها إن عجز في حظ الباقيين منهم؛ لأن الموصى لهم إذا انفردوا بالكتابة في ذلك بمنزلة الورثة قيل: إنهم بمنزلتهم إذا قبض أحدهم حقه بشيء ببدأ صاحبه في أنه ليس له الدخول معه في الرقبة إذا عجز في نصيبه، إلا أن يرد ما قبض وقيل إنهم بمنزلتهم إذا قبض أحدهم حقه دون أن يبديه صاحبه به، في أن له الدخول معه في الرقبة إذا عجز في نصيبه من غير أن يبديه ما قبض وسيأتي الكلام على

هذا إن شاء الله في رسم الوصايا من سماع أصبغ من كتاب المكاتب وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعته وسئل عن الرجل يموت فيترك عمه ولا وارث له غيره وغير أمه، فيطالب العم مورثه، فتقوم الأم بديْن كان أقرّ لها به في الصحة، فقال: لا كلام للعم. قلت: أرأيت إن طلب منها اليمين، إن ذلك كان توليجاً؟ قال أصبغ: أما في الحكم فلا يلزمها.

قال محمد بن رشد: هذا هو المشهور في المذهب، إن أقرار الرجل لوارثه في الصحة بدين جائز وإن لم يقم به إلا بعد موته. وقال ابن كنانة: يجوز إقراره له في حياته، ولا يجوز بعد وفاته، إلا أن يعرف لذلك سبب، مثل أن يكون باع له رأساً وأخذ له من موروث شيئاً. وقال بمثل قوله المخزومي وابن أبي حازم، ومحمد بن سلمه الفدكي، وقول أصبغ في اليمين: إنه لا يلزمها في الحكم، يريد من أجل أنها يمين تهمة. فقوله على القول بسقوط يمين التهمة، على قياس المشهور في المذهب، من أن الإقرار عامل جائز نافذ، وإن لم يقم به إلا بعد الموت والأظهر في هذه المسألة لحوق اليمين، مراعاة لقول من لم يعمل الإقرار بعد الموت. وبالله التوفيق.

مسائل نوازل سئل عنها أصبغ بن الفرج

وسئل أصبغ عن الرجل يوصي فيقول: غلامي مرزوق لمحمد، ولسعيد مثله. قال: يعطى مرزوقاً محمداً ويشترى لسعيد مثله في قيمته ونحوه فيعطاه. قلت: له فلو قال: عبدي مرزوق لمحمد، ولسعيد مثله. قال: هذا خلاف الأول وأراه بينهما بنصفين؛ لأنه حين قال في مسألتك الأولى: ولسعيد مثله، فقد أخرج سعيداً من العبد، وجعل له مثله آخر وأما قوله: عبدي مرزوق لمحمد ولسعيد مثله، فكأنه قال: وسعيد مثله، يعني مثل محمد في الوصية، فكأن العبد بينهما.

قلت: وكذلك لو قال: هذه المائة دينار لمحمد ولسعيد مثله، فكأنه قال وسعيد مثله، قال: هي بينهما نصفين إذا كانت المائة بعينها قلت: فإن قال: هذه المائة لمحمد، ولسعيد مثله جعلت له مائة أخرى فيعطى كل واحد منهما مائة، قال: نعم على قياس ثمن العبد.

قال محمد بن رشد: تفرقته بين أن يقول: وسعيد مثله، أو ولسعيد مثله في الذي أوصى بعبده أو بمائة لمحمد، إذا كانت المائة بعينها يريد أنها إذا لم تكن بعينها فسواء قال: وسعيد مثله، أو قال: ولسعيد مثله، يعطى كل واحد منهما مائة مائة، تفرقة صحيحة بينة لأنه إذا قال: وسعيد مثله، فقد أنزله بمنزلتهم في أن أوصى له بالذي

أوصى له به فوجب أن يشتركا فيه إذا كان شيئاً بعينه، وأن يكون له مثله إذا لم يكن شيئاً بعينه، وإذا قال: ولسعيد مثله، فقد أوصى له بمثل الذي أوصى له به فوجب أن يكون له مثل ما أوصى له به، كان الذي أوصى له شيئاً بعينه أو لم يكن. وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت فلو قال: لمحمد مرزوق أو ميمون قال: أرى الورثة مخيرين في دفع أيهم أحبُّوا. قلت: فإن اختاروا حبساً رفعهما ثمناً ودفعوا إليه أدناهما جاز ذلك لهم، قال: نعم، كما لو قال: لفلان مائة دينار أو بيت كذا وكذا أو دابة كذا وكذا، كان الورثة بالخيار في دفع ما شاء وأمنهما.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال وفي اللسان مواضع منها الشك والإبهام والتخيير والجمع، بمعنى الواو، فإذا لم يصح أن يحمل في هذا الموضع على الشك ولا على الإبهام، كما لا يصح حملها فيه على سائر مواضعها سوى التخيير والجمع، فلم يصح أن تحمل على الجمع دون التخيير، لوجهين: أحدهما: أن التخيير فيها أظهر، فلا يصح أن تحمل على الجمع، ولا في موضع لا يصح فيه التخيير. والثاني أن الوصايا لا تكون بالشك، فهي محمولة على الأقل حتى يعرف الأكثر. ولما لم يصح أيضاً لهذا المعنى أن يحمل على تخيير الموصى له، وجب أن يحمل على تخيير الورثة كما قال. وكذلك لو أوصى أن يعتق عنه فلان وفلان، لكان الورثة مخيرين في عتق من شاؤوا منهما بخلاف قوله: أحد عبيدي هذين حرّ، وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت: فإن قال الموصي: لفلان مائة ولفلان مثله. قال: أرى لكل واحد منهما مائة.

قال محمد بن رشد: قد تقدم القول على هذه المسألة في أول النوازل، فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى فقال: ثوب من ثيابي لفلان وصية، ثم مات، قال: يحسب عدد ما ترك من الثياب، فإن كان ترك عشرة، قومت كلها، فأعطى الموصى له عشر قيمة الثياب بالسهم، فإن صار له ثوب فيه بعشر القيمة، فذلك له، وإن صار له ثوب تكون قيمته أكثر من عشر القيمة، لم يكن له، وصار له فيه مبلغ عشر قيمة جميع الثياب، وإن كان الذي صار له لا يبلغ قيمة العشرة، أخذه وضرب له أيضاً فيما بقي حتى يستوفي عشر قيمة الثياب، فربما صار له ثوب واحد، وربما صار له ثوب ونصف وأقل، وربما

ثوبان فأكثر، وربما صار له أقل من ثوب، وإنما لك بمنزلة من قال: رأس من رقيقي حُرّ وله عشرة، العمل فيها واحد. قلت: وهل يدخل في عدد الثياب السراويلات والعمائم، ونحو ذلك، قال: لا يدخل في عددها إلا الثياب الكبار: الأردية والأقمصة والسيجان، والأكسية، وكل ثوب كبير.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة، وتنظيره فيها للثياب بالعبيد، في وجه العمل فيها بالقرعة صحيح، لا اختلاف فيه ولا إشكال، وإنما قال: إنه لا يحسب فيها إلا الثياب الكبار؛ لأن ذلك معلوم من وجه ما أوصى به، إذ قد علم أنه لم يرد الميزر ولا السراويلات، ولا الفضلات من الثياب التي لا خطر لها ولا بال لقيمتها. وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت: فلو قال في وصيته: عبدي يزيد لفلان، وله يزيدان، فمات ولم يبين قال: يقومان، ثم يكون له فيهما نصف قيمتهما يسهم بينهما فيعطى نصف قيمتهما، فربما صار له أحدهما وبعض الآخر، وربما صار له أحدهما يكمل له، وربما صار له أقل من واحد، وكذلك لو قال: عبدي لفلان، وله عبدان، لا يملك غيرهما. قال: نعم، العمل فيهما واحد.

قال محمد بن رشد: هذه والمسألة التي قبلها سواء، فلا إشكال فيها ولا وجه للقول فيها. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عمن أوصى لمكاتب ابنه بوصية لها بال، فقال: أرى الوصية له جائزة، وذلك أنه يصير إلى سيده، ولعله أن يعجز، فيرق، فيكون قد رجع إليه العبد، وقد أخذ ما أوصى له به، فصارت وصيته لوارث، قال: إلا أن يكون لمكاتب له أموال مأمونة، لا يشك فيه أنه يقوى على أداء الكتابة، فيجوز ذلك، ولا يكون عليه تهمة.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال؛ لأنه وإن لم يكن له أن ينتزع مال مكاتبه في الحال، إذ قد أحرز ماله بالكتابة، فقد يعجز فيكون له انتزاعه. فإذا كان ممن يؤمن عليه العجز، جازت له الوصية ومثله لأشهب في المجموعة ولو أوصى لعبد وارثه بالشيء الكثير، وعلى العبد دين يستغرقه، أو يبقى منه ما لا يتهم فيه، فذلك جائز. قال أشهب: وإن أوصى لعبد وارثه الذي لا يرثه غيره فذلك جائز، قلَّ أو كثر، فإن أوصى مع ذلك لأجنبي، تحص مع العبد في الثلث إن ضاق بما وقع للعبد، كان له، وأما إن كان معه ورثة، فينظر ما صار للعبد بحصاصه، فإن كان تافهاً فهو له، وإن كثر عاد ميراثاً إن لم

يجزه الورثة، وليس وصيته لعبد وارث لايرثه غيره، كوصية لسيده؛ لأن ذلك للعبد حتى ينتزع منه، فلذلك يحاص به، فأما إذا كثر صار وصية لوارث، وأما وصيته لرجل لمن يملك من عبد أو مدبر أو مكاتب أو أم ولد، أو من يملك بعضه، أو لمعتقه إلى أجل، فذلك جائز، ويحاص به الأجنبي، وليس للورثة أن ينتزعوه منه عند ابن القاسم، ويبيعوه به، إن باعوه. وقال أشهب: يقرّ بيده حتى ينتفع ويستمع ويطول زمان ذلك، ولا ينتزعوه إن باعوه أيضاً قبل طول الزمان. وقول أشهب استحسان؛ لأن القياس إما أن ينتزعوه مكانهم؛ لأنه مَالٌ لعبدهم، قد وجب له بالوصية أو لا يكون لهم انتزاعه أبداً لأن الميت نزعه منهم. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: ولو أوصى لمدبَّر ابنه أو لام ولده أو معتقه إلى أجل، قال: لا تجوز الوصية لواحدٍ من هؤلاء؛ لأن لسيدهم نزع أموالهم. قيل: فإن كانت هذه الوصية في حال، قد امتنعت أموالهم من ساداتهم، مثل أن يكون سيدهم مريضاً أو يكون العتق إلى أجل قد تقارب أجل عتقه. قال: أمَّا للمدبَّر وأم الولد، فلا تجوز الوصية لهما، وإن كان سيدُهما مريضاً لأنه قد يصح فينتزع أموالهما، فهذه تهمة تسقط بها الوصية، فإذا سقطت بالتهمة لم ترجع. قلت: أفلا يُوقفها؟ فإن مات السيد نفذت، وإن صح ردت. قال: لا، قد أخبرتك أن الوصايا لا توقف، وإنما تمضي أو ترد إذا أبهمت، إلا أن يكون سيد المدبر وأم الولد في السياق والحال المأيوس منه فيها التي لا يرجى له فيها حياة، فإن الوصية لهما إذا كانت هذه الحال هكذا. وأما المعتق إلى أجل، فلا تجوز له الوصية أيضاً، وإن كان أجل عتقه قد تقارب، إلا أن يكون لم يبق من أجله الذي يعتق إليه إلا بقدر الثلاثة الأيام والخمسة، ونحوها مما يقل جدًّا فأرى الوصية جائزة.

قلت أرأيت إن افتقر سيد أم الولد والمدبر، والمعتق إلى أجل قرب الأجل أو في مرض السيد الذي يمتنع منه فيه أخذ مال المدبر وأم الولد، فأحتاج سيدهم في هذا الحين، ولا مال له غيرهم، ولهم أموال، أترى أن ينفق عليهم من أموالهم؟ أو لا ترى أن يؤخذ لهم من أموالهم نفقة، ويكونون من فقراء المسلمين؟ فقال: بل أرى لهم في أموالهم نفقة حتى يموت أو يعتق المعتق إلى أجل، إذا لم يكن له مال ينفق منه على نفسه، ولا يترك بموت، وللعبدأموال ومتاع، ومنع سيدهم أخذ أموالهم في هذه الحال، ليس بالقوي، ولم يأت فيه أثرٌ ولا سنَّت وإنما ذلك استحسان من أهل العلم، فإذا بلغ منه الحاجة، ولم يكن له مال ينفق منه، رأيت أن ينفق عليهم من أموالهم حتى يموت

أو ينقضي أجل المعتق، فهو أيضاً مما يوهن مسألتك في الوصية ويضعفها، وتنزل به التهمة.

قال محمد بن رشد: أما وصيته لعبد ابنه أو لأم ولده في مرض الابن، فقوله: إن الوصية له في هذه الحال لا تجوز بيّن، إذ قد يصح من مرضه، فيكون له انتزاع ذلك، وأما قوله في أن وصيته لعبد ابنه المعتق إلى أجل لا تجوز إلا أن يقرب الأجل جداً مثل الثلاثة الأيام والخمسة ونحوها، فهو استحسان، والقياس على المذهب أنه إذا لم يبق من الأجل إلا ما لا يجوز فيه انتزاع ماله أن تجوز الوصية له، وإذا لم يبق من الأجل إلا نحو الشهر فليس له أن ينتزع ماله. قاله في كتاب ابن المواز ومثله في مختصر ابن عبد الحكم وهو يحمل على التفسير لما في المدونة لأنه قال فيها: إن السنة ليست بقليل، وله أن ينتزع ماله، وإن لم يبق من أجله إلا السَّنة، فإن جعل العلة في ذلك أنه قد يحتاج فينفق عليه من ماله في هذا الحد، وإن كان لا يجوز له فيه انتزاع ماله، ومراعاةً لقول من يقول: إن مال العبد لسيده، وإن العبد لا يملك، فيجب أن تجوز الوصف له إذا كان الابن وافر الحال، كثير المال، لا يخشى عليه العدم في هذه الحال؛ لأن التهمة في ذلك تكون مرتفعة على ما قاله فوق هذا في الذي يوصي المكاتب ابنه إن الوصية، له جائزة إذا كانت له أموال مأمونة، يؤمن عليه العجز معها وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل أصبغ عن رجل أوصى، وفيما أوصى أن يُعطى فلان مولاي أو فلان وفلان مولاي خمسة دنانير، أو خمسة لكل واحد وله عبيد هؤلاء الذين سمى منهم، أو ليس له غيرهم، أيكونون بشهادة الوصية أحراراً ويجريهم مجرى الأحرار؟ أم هم رقيق؟ قال: أرى إن أشكل أمْرُهم إذا كان الأمر فيهم مشكلاً لا يدري أهم يوم أوصى عبيد؟ أم أعتقهم قبل ذلك؟ وأشكل منهم تقادم ذلك وطوله، لا يدري العلَّةُ قد كان قبل ذلك زمان، فبقي العبيد عنده على حالهم في خدمته وفي يديه، فأرى إذا كانوا بهذه الصفة والمنزلة، وكان مع ذلك سماع فاش قد تقادم وعتقٌ يرى كان منه إليهم، أو يمين بعتقهم، لا يدري أبر فيهم أو حَنثَ؟ فأراهم موالي، إذ هو كان أعلم حين سماهم موالي، وأوصى لهم كما يوصى للموالي المعروفة بولايتهم، فأرهم أحرار، لا غرض فيهم لأحد برقٍّ ولا إبطال، فقد يعتق الرجل عبده في موطن من مواطن البر، ولا يشهد له، ويكون معه كما كان، لا يرى ولا يخاف غير ذلك، ويكون معه زماناً على ذلك، لا يرى أنه يدفع فيه بشيء ولا يدافع، ويكون مُكثه في يديه مُكث النفقة عليه. وهذا من

عتق النساء الضعفاء عن الوثائق لمن أعتقن والأمرُ عنده كثير، فإن لهذه الوصية على هذه الصفة والأسباب حُرمة والإقرار بأنه لا شيء له فيهم إلا الولاء وأراه تحايُداً عما ليس له ولا يشبه عندي الذي يقول: قد كنت أعتقه؛ لأن التهمة له في هذا بأنه أراد إخراجه من رأس المال واضحة واقعة قوية، والتهمة بذلك في الأول خارجة منه ضعيفة. والله أعلم. فأراهم موالي وأراهم أحراراً، لا رِقّ فيهم يوم الوصية، وأرى هذا لهم هكذا أبداً حتى يقوم بينة قاطعة بأنهم يوم أوصى، لا شبهة في ملكهم ولا رقهم ممن يعرف دخلة الرجل الميت وأمره، أو يكون كان ملكه لهم قريباً جداً من وصية ملكه مشهور، معروف، باشتراء أو هبة أو صدقة أو ميراث قريب، لا يمكن فيه الشبهة، وإن لم يدخله مع الشهادة أنه يملكهم يوم الوصية عبيد فهذا الذي يكون عليهم فيه إقامة البينة بالحرية، لا على الورثة وفي الأمر الأول البينة على الورثة لا عليهم. قال أصبغ: فإن أقرّ العبيد الذين أوصى أن لموالي فلان وفلان كذا وكذا، بأنهم عبيد له، لا حرية فيهما إلى يوم أوصى. قال: أرى إن كانوا فصحاً طلوقاً عارفين بالأمور، لا يسقط عن مثلهم الحج، ولا أُمور سيدهم في حياته، ولا القيام عليه لو حيوا فيه ومنه وعليه، ولا كشفهم والأخوف منهم من تَجبُره وسلطانه إن كان ذا سلطان وسطوته بعد إنكاره، فأقروا بالعبودية خالصة لا يدعون شيئاً متقادماً ولا غيره، ولا يدعون إلا ما يرون إن هذه الوصية عتقاً مستأنفاً منه في وصيته لهم فقط، فإقرأرهم لازم لهم، ولا حرية عليهم على حال في ثلث ولاغيره، وأرى لهم الوصية بالمال ثابتة على كل حال، كما يوصي الرجل لعبيده. وقد يقول الرجل لعبيده: هؤلاء موالي على لفظ الجهالة والخطأ، فإذا صدقوا ذلك وحققوه بإقرارهم بالعبودية، رأيته لهم لازماً، وكانوا عبيداً. قال أصبغ وإن كان العبيد على غير ذلك من الاستحقاق والمعرفة التي وصفتها كلها، فلا أرى إقْرارهم بالعبودية ضاراً لهم ولا مقبولاً منهم وأراهم أحراراً إذا كانت حالاتهم الحال التي لو لم يقروا لجعلوا أحراراً أو موالي على التفسير الذي فسرنا إن شاء الله.

قال محمد بن رشد: قد بين أصبغ ما ذهب إليه في هذه المسألة، وطول القول فيه، حرصاً على التناهي في البيان وذلك يرجع إلى أنه إن كان طال مُكثهم في يديه حتى أشبه من أجل ذلك أن يكون قد كان أعتقهم، فبقوا عنده في نفقته وخدمته على ما كانوا عليه قبل عتقه إياهم، وعلمت وصيته لهم على أنهم مواليه، فكانوا بذلك أحراراً، وإن كانوا مقربين له بالعبودية، إذا احتمل أن يكونوا أقروا بذلك على جهل أو خوف إلا أن يثبت الورثة أنهم عبيد، وإن لم يطل مكثهم في يديه حتى لم تدخل عليهم الشبهة في

عتقهم قبل هذه الوصية، فهم عبيد، إلا أن يثبتوا حريتهم قبلها وهم في حال الجهل بأمرهم على ما أوصى لهم به من أنهم مواليه. فهذا بيان قوله وتلخيصه وبالله التوفيق.

نوازل عيسى بن دينار

وسئل عيسى عن رجل قال عند موته إني قومت جارية ابنتي فلانة، على فلان بألف درهم، وجعلت فضلها بينهما، وقد بعث إلي بالألف من العدوة، قلت هذا، وقدم الرجل، فقال: إنما باعنيها بيع بتٍّ، وقد بعثت إليه بالثمن، قال: القول قول الميت، وعلى هذا نصف الفضل. قلت له: لم قال: لأن الميت يقول: إنما بعته نصفها، وأبضعت معه النصف فنصف الفضل في هذا القول له، فقيل له: لو قال هذا كان القول قوله، ولكنه إنما قال قومتها عليه كلها وجعلت فضلها بينهما، وهذا لا يجوز، فمن ادعى في البيع ما يجوز، وادعى صاحبه ما لا يجوز، فالقول قول مدعي الحلال منهما. قال عيسى: إنما معناه عندي كما قلت أولاً: إنه باع النصف، وأبضع النصف، فالقول قوله على ذلك.

قال محمد بن رشد: قوله: قومتها عليه معناه أشركته فيها، بأن بعت منه نصفها بألف ليبيعها هو بألف، فيكون له نصف الفضل إن باعها بربح كما قال لا كما قال السائل: من أن الميت ادعى حراماً، فالاختلاف بينهما إنما هو فيما اشترى بالألف فهو يقول: اشتريت بها جميع الجارية، والميت يقول: إنما بعت منه بالألف التي قبضت، نصف الجارية، ولا اختلاف في المتمون إذا قبض الثمن، كالأختلاف في الثمن إذا قبض المتمون، فقوله: إن القول قول الميت، يأتي على القول بأن النقد المقبوض فوْت يوجب أن يكون القول قول البائع في أنه لم يبع منه بالألف التي قبض إلا نصف الجارية على قياس رواية ابن وهب عن مالك، في أن قبض السلعة فوْتٌ إذا اختلف في ثمنها، وإنما ينبغي أن يكون القول قوله إذا أشبه أن يباع فصف الجارية بألف، وهذا هو معنى ما تكلم عليه، إذ لا اختلاف في أن المتداعين، لا يكون القول قول المدعى عليه منهما إلا إذا أتى بما يشبه. وقوله: القول قول الميت، معناه: أنه لا يصدق المشتري فيما ادعاه من أنه اشترى بالألف التي دفع جميع الجارية؛ لأن اليمين إنما كانت للميت إذا كان يشبه قوله على ما ذكرناه فقد سقطت عنه بموته، ولو لم يشبه قوله وأشبه قول المشتري لوجب أن يكون القول قوله مع يمينه أنه اشترى بالألف جميع الجارية ويجب في هذه المسألة على قياس القول بأن النفذ المقبوض لا يكون فوتاً أن يحلف المشتري ويفسخ البيع؛ لأن الميت قد سقطت عنه اليمين بموته، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الوصي يشتري لليتامى منزلاً بأموالهم، ثم يموت، فيقول ذكور اليتامى: نقسم المنزل، للذكر مثل حظ الأنثيين، وكذلك اشترى لنا ويقول الإناث: بل للذكر مثل حظ الأنثى ولا يدري كم اشترى لهم؟ قال: إن كان اشترى لهم من عرض أموالهم، فذلك بينهم، للذكر مثل حظ الأنثى، وإن كان اشترى لهم من جميع المال، فذلك بينهم، لذكر مثل حظ الأنثيين كما كانت أموالهم قبله فإن كان الوصي حياً وقد اشترى لهم من عرض أموالهم وليس بجميعها فقبل الأيتام ثم اختلفوا أيقبل قول الوصي بينهم؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: أما إذا اشترى المنزل لهم بجميع المال، فلا إشكال ولا احتمال، في أنه يكون بينهم، للذكر مثل حظ الأنثيين، وأما إذا اشتراه لهم من جملة المال لا بجميعه، ففي قوله: إنه يكون بينهم للذكر مثل حظ الأنثى نظر؛ لأن المال الذي اشتراه به ليس للإناث منه إلا ثلثه، فالظاهر أن لا يكون للإناث منه إلا الثلث. ولا يحمل على الوصي أنه تسلف للإناث من حظوظ الذكور، ألا ترى إن كان جميع المال ستمائة، فاشترى المنزل بثلاثمائة؟ يرجع الذكور في الثلاثمائة الباقية بالخمسين التي زادها من حظوظهم للإناث في المنزل، فيكون لهم منها مائتان وخمسون. وقد ذكر ابن زرب أن في المسألة خمسة أقوال على قياس ما قاله محمد بن حارث من الاختلاف فيمن أوصى بمال لحمْلٍ، فولدت المرأة توأمين: ذكراً وأنثى أحدها إن المنزل يقسم بينهما إن كانا آبنا وآبنة بنصفين. والثاني إنه يكون بينهما بحسب الميراث على الثلث والثلثين. والثالث إنه يقسم بينهما على سبعة أسهم، للأنثى ثلاثة، وللذكر أربعة وذلك أن أقصى ما يمكن أن يكون للذكر الثلثان، وأقصى ما يمكن أن يكون للأنثى النصف. والرابع أنه يقسم بينهما على خمسة أسهم، للذكر ثلاثة وللأنثى اثنان، وهو أقل ما يمكن أن يكون لكل واحد منهما والخامس أن يكون للذكر ثلاثة من ستة، وللأنثى اثنان من ستة، ويقتسمان الجزء السادس بنصفين على سبيل التداعي إن ادعيا العلم أو ظن أن أحدهما يعلم، واستحسن هذا القول وهذا الاختلاف إنما يصح إذا جهل كيف كان الشراء ولم يتداعيا في ذلك على التحقيق؟ وأما إن قال الذكر: الثلثان لي، والثلث لك، وعلى ذلك وقع الشراء بإفصاح وبيان. وقالت الأنثى النصف لي والنصف لك، وعلى ذلك وقع ذلك الشراء بإفصاح وبيان، فلا يصح في ذلك إلا قولان: أحدهما إنه يقسم بينهما على حساب عول عدل الفرائض أسباعاً بعد إيمانهما لمدعي الثلثين أربعة

أسهم، ولمدعي النصف ثلاثة أسهم، وهو المشهور من قول مالك، والثاني إنه يكون للذكر ثلاثة من ستة، إذ لا تنازعَه الابنة في النصف، وللأنثى اثنان من ستة، إذ لا ينازعها الابن في أن لها الثلث، ويقتسمان الجزء السادس بينهما بنصفين لتداعيهما فيه، بعد إيمانهما أيضاً، وهو المشهور من مذهب ابن القاسم. وبالله التوفيق.

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم

مسألة:

قال أبو زيد بن أبي الغمر أخبرنا ابن القاسم قال: سئل مالك عن رجل أوصى بثلث ماله في سبيل الله إلا العراص، وفي العراص خشب وطوب ملقىً كان أراد أن يبني تلك العراص بها، أترى أن يباع الطوب -الخشب والقصب، فتعجل في السبيل؟ أم تراها مع العراص؟ قال: إن كان ذلك النقض شيئاً نقضه من العراص فلا يباع منه شيء، وإن كان إنما جاء به ليبني بها، فهي تباع، ويخرج ثلثها.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال إنه كان نقض ذلك من العراص، فلا يدخل في الوصية لأنها من العراص التي استثنى يوم أوصى، وإن كان لم ينقضها منها فهي داخلة في الوصية، إذ ليست مما استثنى. وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل أوصى بعتق عبده، وما بقي من ثلثه فلفلان، فمات، فقامت بينة إن العبد كان حراً أعتقه سيده هذا في صحة منه، أو استحقه رجل، قال ابن القاسم: أرى أنه ليس له إلا ما بقي بعد قيمته، إنما هو رجل أوصى بأنه غلام له، أو نسي عتقه، فأوصى على وجه الملكية أو يكون تعمد ذلك، فلم يكن يريد بعطيته إلا ما بقي بعد القيمة من ثلثه فليس له إلا ما بقي من ثلثه بعد القيمة.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها في رسم نفذها من سماع عيسى، ومضت أيضاً في رسم باع شاة منه. فلا وجه لإعادة القول فيها.

مسألة:

وقال إذا أوصى الرجل إلى أيتام المعافر وأراملهم مائة دينار، قال: إن كان الموصي من المعافر، وكان ساكناً بالريف، إلا أنه إذا قدم الفسطاط نزل بالمعافر، فأرى المائة للأيتام والأرامل، الذين من المعافر، ومن كان من الأيتام والأرامل، من سكان المعافر إلا أنهم ليسوا من المعافر، فلا شيء لهم، ويؤثر الأحوج فالأحوج، وإن كان

الموصي ليس من أهل المعافر، كان بها مسكنه أو لم يكن، غير أنه ليس بمعافري فكل من سكن المعافر من أيتامهم وأراملهم كانوا معافرين، أو من قبائل غير المعافرين، فيعطون ويؤثر الأحوج فالأحوج.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله؛ لأن الموصي إن كان معافرياً علم أنه إنما أراد بوصيته أيتام قبيلته، وأراملهم، فتكون لهم الوصية، كانوا من سكان المعافر، أو لم يكونوا من سكانها، وإن لم يكن معافرياً علم أنه إنما أراد بوصيته أيتام سكان المعافر وأراملهم كانوا معافرين، أو لم يكونوا معافرين وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في الرجل يقول عند الموت: إن عبدي هذا لم يكن إلا حراً وما اشتريته قط، وإنما كان أجيراً عندي قال: إن ورث كلالة لم يقبل قوله، وإن كان ورثه ابنه جاز قوله.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والكلام عليها في رسم العرية من سماع عيسى، فلا معنى لإعادته.

وسيأتي آخر هذا السماع في مسألة من هذا المعنى نتكلم عليها في موضعها إن شاء الله.

مسألة:

وقال في رجل أوصى وقال: ميمون ومرزوق وجابر عبيدي لمحمد، وجابر لعبد الرحمن. قال فميمون ومرزوق لمحمد، وجابر بين عبد الرحمن ومحمد وذلك إذا حمله كلهم الثلث، فإن كان لم يترك غيرهم، كان ثلث مرزوق وميمون لمحمد وكان ثلث جابر بيْن عبد الرحمن ومحمد.

قال محمد بن رشد: هذا صحيح على المشهور في المذهب المنصوص عليه في المدونة وغيرها من أن الرجل إذا أوصى لرجل بشيء بعينيه، ثم أوصى به لغيره، ولا تكون وصيته الأسرة ناسخة للأولى ويقتسمان جميعاً ذلك الشيء بينهما.

وقد مضى في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم مسألة حملها بعض الناس على أنها مخالفة لهذا الأصل، وليس ذلك بصحيح؛ لأنها محتملة للتأويل، حسبما ذكرناه فيها؛ لأن الخلاف في ذلك معلوم من قول مالك وغيره من أصحابه، وقد مضى ذكر ذلك في سماع عبد الملك بن الحسن فلا معنى لإعادته.

مسألة:

وقال في رجل قال في وصيته: المائة التي عندي لفلان على حالها، فوجد في كتب

الميت براءة بخمسين ديناراً دفعها إلى غريمه ذلك قال: إن كان يعرف أصل الحقّ أنه مائة، فالبراءة تنفع لعل الرجل نسي وإن لم لكن يعرف أصل الحق، ثبتت له المائة.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إنه إذا لم يعرف أصل الحقّ لم تنتفع الورثة بالبراءة، لاحتمال أن يكون ما زاد على المائة التي أقرّ بها باقية عليه، وأما إذا عرف وجه الحق، فوجه قوله: إن البراءة تنفعه، هو ما ذكره من احتمال أن يكون نسي أنه قضاه الخمسين، ولذلك أقرّ له بجميع المائة، إذ لو صح من مرضه، فجاء بالبراءة وادعى أنه نسي ما قضاه، لوجب أن يصدق في ذلك مع يمينه، قياساً على ما قاله. في الذي يصالح الرجل على بعض حقه، ثم يجد بينة، لم يعلم بها، أو ذكر حقّ قد كان كتبه عليه.

وقد مضى تحصيل القول في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم، من كتاب المديان والتفليس، فلا وجه لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل أوصى عند موته أن يعتق نصف مكاتبه، ويؤخر عنه النصف في ثلاث نجوم، نجم في كل سنة، فقال رجل من الورثة أنا أضمن لكم هذه الثلاثة نجوم، نجم في كل سنة، وأعتقوا النصف الباقي، قال: لا خير في هذا. قيل له: فإن فعلوا ذلك. قال: فالعتق جائز إذا اعتدوا قيل له: أرأيت إن حلت السنة فلم يجدوا عند الذي ضمن لهم شيئاً أترى أن يرجعوا على العبد بشيء؟ قال: لا. قد ثبتت الحرية، ولكن يكون على الذي ضمن ديناً يتبع به، ولا يرجع على العبد بشيء، قال: فلمن ولاؤه؟ قال: للذي أعتق أولاً.

قال محمد بن رشد: إنما قال: إن ذلك لا خير فيه؛ لأنه ضمان بثمن ضمن لهم الأنجم التي لهم على المكاتب، على أن عجلوا له العتق واحتالوا عليه أيضاً بما كان لهم على المكاتب، إذا برؤُوا المكاتب مما كان لهم عليه وأعتقوه، ولا تجوز الحوالة بما لم يحل متى الديون، فالمكروه في ذلك بين، إلا أنه لا يمكن رده، إذ قد فات الأمر فيه بالعتق، فلزمه الضمان الذي ضمن، ولا يكون لهم على العبد رجوع إن أعدم الضامن عند الأجل، ويتبعوه مما التزم لهم من الضمان في ذمته، ويرجع هو بذلك عليه وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن امرأة أوصت في مرضها. فجعلته في خلخال فإن مت فكفنوني بثمن الخلخالين، ولها أولاد، ثم إن الذين أوصت إليهم كفنوها بغير ثمن الخلخالين، فماذا

ترى في الخلخالين؟ قال: أرى أن يقتسما على فرائض الله، ولو قالت: ادفعوه إلى ابني الذي وجده، لم يكن ذلك له؛ لأنها تتهم، وأنه لا تجوز وصية لوارث إلا أن يعلم هدف قولها ببينة، فيكون الخلخالان للذي وجده.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله؛ لأنها إذا أوصت أن تكفن بثمن الخلخالين، فلم يؤثر بذلك أحد بنيها على بعض وأرادت أن يكون ما بعد الخلخالين من مالها ميراثاً بين جميع ورثتها، فوجب إذا لم ينفذ ورثتها وصيتها في الخلخالين، أن يكونا ميراثاً بين جميعهم، كما لو لم توص بشيء ولو أوصت لابنها بالدينار، لما جازت وصيتها له به إلا أن يعلم صدق قولها كما قال، وقد تقدم مثل ذلك قرب آخر الرسم الأول من سماع أصبغ وفي غير ما موضع إلا أن تصح من مرضها، فيلزمها الإقرار له. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل أوصى لرجلين أن يزوجا ابنته من رجل سماه لهما فزوجاها جميعاً بعد موت الأب، ثم أنكرت الجارية أن تكون علمت أن أباها أوصى بذلك إليها أترى أن تقبل شهادتها؟ فقال: لا، ولكن لو شهدا عند القاضي قبل أن يزوجاها لجازت شهادتهما، وإن رضيت ما صنعا ولم تنكر ذلك عليهما رأيت النكاح جائزاً.

قال محمد بن رشد: قوله: إن شهادتهما لا تجوز إذا زوجاها فلم ترض، بين لا أشكال فيه ولا اختلاف؛ لأنهما أشهد أن يجيزا فعلهما وأما قوله: إنهما لو شهدا بذلك عند القاضي قبل أن يزوجاها لجازت شهادتهما، فهو خلاف نص ما في المدونة من أنه لا تجوز شهادة الموصَى إليه، وإن كان طالب الحقّ غيره، ومن أنه لا تجوز شهادة الرجل بأن الميت أوصى إلى أبيه، وذا لم تجز شهادته أنه أوصى إلى أبيه، فأحرى أن لا تجوز شهادته إذا أوصى إليه. فقوله في هذه الرواية، مثل ما يدل عليه قوله في المدونة الذي يشهد أن الميت أوصى لقوم بوصايا، وأوصى للشاهد. قال ابن القاسم: فسمعت مالكا يقول: إن كان الذي شهد به لنفسه يسيراً تافهاً لا يتهم عليه، فشهادته جائزة. فأجاز شهادته إن كان الذي أوصي له به يسيراً مع أنه أوصى إليه في تنفيذ جميع وصاياه، وأما قوله: وإن رضيت ما صنعا ولم ينكر ذلك عليها رأيت النكلاح جائزاً فهو الذي يدل عليه قوله في أول المسألة ثم أنكرت الجارية؛ لأن فيه دليلاً على جوازه لو لم تنكر، ومعنى ذلك عندي: إذا كان الرجلان اللذان زوجاها وادعيا التقديم على ذلك من الأب، وليس من أوليائها وأما إن كان أجنبيين، فلا يجوز النكلاح، وإن أجازته؛ لأنه

عقده غير ولي. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى في مرضه فقال: عبدي فلان يخدم فلاناً الأجنبي سنة، ثم هو حرّ، وعبدي فلان الآخر حر بعد سنة، ولم يحملها الثلث، فمن يبدأ منهما. قال: يتحاصان جميعاً. يريد العبدين.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله؛ لأن الخدمة تسقط إذا لم تحمل ثلث العبدين، ولا أجاز ذلك الورثة وقطعوا لهما بالثلث، لوجوب تبدة العتق عند ضيق الثلث عن الوصايا بالمال والخدمة، وإذا وجبت المحاصة في الثلث، لم يبد أحدهما فيه على صاحبه، إذ لا مزية له عليه، من أجل أن كل واحد منهما إنما أوصى له بالعتق بعد سنة وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل قال في مرضه: دبِّروا عبدي فلاناً وأعتقوا عني رقبة وجبت على من ظهار، قال: يبدأ بعتق الظهار إذا لم يحمل الثلث غيره.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله، إذ لم يختلف قول ابن القاسم في أن كفارة الظهار، تبدأ على المدبر في العرض، فكيف على الوصية بالعتق؟ لأن قوله دبروا عبدي فلاناً وصية له بالعتق من الثلث على حكم التدبير في المرض في ذلك إن صح من مرضه كان له أن يرجع فيه؛ لأنه لم يدبره، وإنما أوصى أن يفعل ذلك بعد موته، فله حكم الوصية لا حكم التدبير وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى فقال: لفلان ما بقي من ثلثي، ولم يوص بشيء غيره. قال: لا شيء له، وكذلك قال لي مالك وهو من مسائل السر.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة متكررة من قول مالك في مواضع من سماع عيسى ومضى الكلام عليها في رسم أوصى منه فلا وجه لإعادته، ولا لقوله. وهي من مسائل السر. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل هلك وترك أباه وعمه وجده وأخاه، وأوصى أن يدفع ثلث ماله إلى أقاربه، الأقرب فالأقرب. قال: أرى أن يبدأ بأخيه أولاً يعطى أكثر من الجد، وإن كان الأخ أيسر من الجد، ثم يعطى الجد أكثر من العم، وإن كان أيسر منه، ثم يعطى

العم، قيل ولا ترى أن يدفع إلى أخيه كلمة؟ قال: لا، إلا أن يكون ترك داراً أو حائطاً فيحبسها على أقاربه، الأقرب فالأقرب، فإنه يدفع إلى أخيه، فإذا هلك دفعت إلى جده ثم يدفع بعد موت الجد إلى العم.

محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى مثلها في الرسم الأول من سماع أصبغ، بزيادات على هذه. فتكلم عليه بما يغني عن الكلام في هذه، وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل أوصى وقال: مائة دينار لبني يزيد، فإنها للدفع كلها إلى كل من كان من بني يزيد.

قال محمد بن رشد: قد مضى في رسم الوصايا والأقضية من سماع صبغ القول مستوفى فيمن أوصى لولد فلان أو لبنيه فلا وجه لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن نصراني هلك، وأوصى بجميع ماله في الكنيسة ولا وارث له قال: يدفع إلى أسقفهم ثلث ماله، يجعله حيث أوصى، ويكون ثلثاه للمسلمين.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، إن النصراني إذا لم يكن له وارث من أهل دينه، فليس له أن يوصي بأكثر من ثلثه؛ لأن ورثته المسلمون وقوله: إنه يدفع ثلث ماله إلى أسقفهم، يجعله حيث أوصى معناه: إن شاء، فإنما يدفع إليه ثلث ماله، ليفعل فيه ما شاء على حكم دينه. وقوله: ويكون ثلثاه للمسلمين، معناه: يصرفه الولي في وجوه منافعهم على حكم الفيء حكى ابن المواز عن ابن القاسم من رواية أبي زيد عنه قال في الذمي يموت ولا وارث له، قال: يتصدق بما ترك، إلا أن يكون الوالي يخرجه في وجهه، مثل عمر بن عبد العزيز فليدفع إليه، وإنما يكون ميراث من مات من أهل الذمة، ولا وارث له من أهل دينه، للمسلمين، ولا يجاز له من وصيته أكثر من الثلث إذا كان من أهل العنوة أو من أهل الصلح والجزية على جماجمهم، وأما إن كان من أهل الصلح، والجزية مجملة عليهم، لا ينقصون منها لموت من مات، ولا لعدم من عدم، فيجوز له أن يوصي بجميع ماله لمن شاء؛ لأن ميراثه لأهل مودة، على مذهب ابن القاسم، وهو قول سحنون خلاف ما ذهب إليه ابن حبيب من أن ميراثه للمسلمين، إذا لم يكن له وارث من أهل دينه على كل حال. وقد قيل في أهل العنوة: إن مالهم للمسلمين فلا يرثهم ورثتهم، ولا يجوز لهم وصية بثلث ولا غيره، وهو الذي يأتي على قياس ما في سماع سحنون، من كتاب التجارة إلى أرض الحرب، من أنهم في

حكم العبيد المأذون لهم في التجارة. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى فقال لفلان وفلان وفلان، ثلثي، ولفلان مالي. قال: يقسم ثلث ماله على اثنا عشر جزءاً، فيعطى من أوصى له بماله تسعة أجزاء، ولكل واحد من الثلاثة سهم سهم.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال؛ لأن الواجب أن يتحاصُّوا في الثلث على قدر وصاياهم، فيضرب فيه لِلْموصى له بجميع المال، بثلاثة أمثال ما يضرب به للموصى لهم بالثلث، فيصير لهم ثلاثة أرباع الثلث، وهو ثلاثة من رُبعُهُ وللموصى له بالثلث ربعة، وهو واحد من أربعة، لا ينقسم عليهم، إلا بأن يضاعف إلى ثلاثة، بأن يضرب فيه ثلاثة، ويأخذ كل واحد منهم سهماً من الثلاثة، ويضرب ثلاثة فيما يبدأ الموصى له بجميع المال، فيضرب له تسعة أسهم من اثني عشر كما قال. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل أوصى أن عليه ديناً لفلان، لرجل لا يُعرف قال: إن كان له ولد فأرى الدفين يخرج منه رأس المال، وُيستأنسا به، فإن لم يأت له طالب تصدق به، وإن لم يكن له ولد وكان الدين الذي أوصى به شيئاً تافهاً، أُخرج وأُوقف، واستُوفي به، فإن لم يأت له طالب تصدق به، وإن كان الدين الذي أوصى به كثيراً يكون نصف ماله أو أكثر، لم يخرجونه قليل ولا كثير.

قال محمد ين رشد: هذا أحسن الأحوال في هذه المسألة وقد مضى تحصيل الاختلاف فيها في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم وقال ابن القاسم في رسم نفذها من سماع عيسى: إن التافه اليسير في نحو هذا: الخمسة والعشرة ونحوها. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل أوصى وقال: إن رقيقي أحرار، فوجد الرقيق الثلث، فأعتقوا ثم طرأ على الميت دين، وقد اقتسم المال، قال: يكون ثلث الدين على العبيد الذين أعتقوا يسهم بينهم حتى يباع منهم ثلث الدين الطارىء، ويكون ثلث الدين على الورثة مُعدَمين كانوا أو أمليا.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة صحيحة، وهي تدل على صحة ما اعترضت به قول ابن القاسم، في سماع موسى. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل أوصى فقال: عبدي فلان يَدفعُ إلى فلان عشرة دنانير، ثم هو حرّ، وأوصى بوصايا فإذا العبد الثلث قال: يؤمر العبد أن يدفع إلى فلان عشرة، ثم هو حرّ، ويتحاص في العشرة أهل الوصايا، فإن كان لا يخرج من الثلث خيّر الورثة بين أن يجيزوا ما أوصى صاحبهم به يدفع العشرة ويكون حراً ويتحاص فيها أهل الوصايا أو يعتق ما حمل الثلث منه الساعة، ولا شيء له عليه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة صحيحة على أُصولهم في أن العتق بعينه مبدأ على الوصايا وفي أن من أوصى بعتق عبدٍ إلى أجل، أو على مالٍ يؤديه، فلم يحمله الثلث، إن الورثة مخيرون بين أن يجيزوا الوصية، وبين أن يعتقوا منه ما حمل الثلث منه بتْلاً وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال ابن القاسم في رجلين شهدا على رجل أنه أوصى، فقال: إن متُّ من مرضي فغُلامي ميمون حرّ، وشهد رجلان آخران أنه قال في مرضه إن صحت من مرضي هذا فمرزوق حرّ، فشهد الشاهدان اللذان شهدا لمرزوق، أنه صح من مرضه ذلك، والشاهدان اللذان شهدا لميمون وشهدا أنه مات من مرضه ذلك، ولم يصح منه، وهم كلهم عدول، قال: يعتق نصف ميمون، ونصف مرزوق، وكذلك لو أن رجلاً هلك وترك ولداً مسلماً وولداً نصرانياً، فشهد رجلان أنه مات على الإسلام، وشهد رجلان آخران أنه مات على النصرانية، وهم كلهم عدول. قال: إن كان بعضهم أعدل من بعضه قضى بشهادة العدول، وإن كانوا كلهم عدولاً وكانوا في العدالة سواء أعطي المسلم نصف مال الميت، وأعطى النصراني نصف المال الباقي.

قال محمد بن رشد: قوله في المسألة الأولى: إنه يعتق نصف ميمون ونصف مرزوق، معناه: إذا تكافأت البينتان في العدالة؛ لأنه إذا تكافئا سقطا جميعاً، ويعلم أن العتق قد وجب لأحدهما يقيناً فأعتق من كل واحد منهما نصفه، إذ لا يعلم من هو المعتق منهما، ولو كانت البينة الواحدة اعدل من الآخرى، لقضي على مذهبه بالتي هي أعدل، وهو نص قوله في سماع أصبغ من كتاب العتق. وقال أصبغ فيه: إن شهادة الصحة أعمل وهو في هذه المسألة أظهر لأنها علمت من صحته ما جهلته الآخرى، ومثل قول اصبغ، لابن القاسم في سماع أبي زيد عنه من كتاب الشهادات في التي أوصت في مرضها فشهد شهود أنها كانت صحيحة العقل، وشهد آخرون أنها كانت

موسوسة؛ لأنه إذا قال في تلك إن شهادة الصحة أعمل فأحرى أن يقول ذلك في هذه، وإذا قال في هذه: إنه ينظر إلى أعدل البينتين، فأحرى أن يقول ذلك في تلك وقد ساوى أصبغ في سماعه من كتاب العتق بين المسألتين فيتحصل في مجموع المسألة ثلاثة أقوال: أحدها إنه ينظر فيهما جميعاً إلى أعدل البينتين. والثاني إن شهادة الصحة أعمل فيهما جميعاً. والثالث إن شهادة الصحة أعمل في هذه وينظر إلى أعدل البينتين في مسألة سماع أبي زيد، من كتاب الشهادات، ويتخرج في مسألة سماع أبي زيد قول ثالث: إن شهادة المرض أعمل، ولا يقال ذلك في مسألتنا، إذ لا يصح فيها سوى القولين المذكورين. فهذا تحصيل القول في هذه المسألة. وأما قوله في الذي هلك وترك ولداً مسلماً وولداً نصرانياً فشهد رجلان أنه مات على الإسلام، ورجلان أنه مات على النصرانية، إنه ينظر إلى أعدل البينتين، فإن استويا في العدالة كان المال بينهما بنصفين، فهو مثل قوله في المدونة خلاف قول غيره فيها: إن شهادة الإسلام أعمل، ومعنى ذلك إذا قال الشاهدان: عرفنا أنه على الإسلام، ولم نعرف أنه تنصر فشهادتنا أنه مات على الإسلام بغالب ظننا. وقال الآخران: عرفناه نصرانياً على دين النصرانية، ولم نعرف أنه أسلم، فشهادتنا أنه مات على النصرانية، بغالب ظننا، وكذلك لو حصروا جميعاً موته، فقال الاثنان منهم: تكلم عند الموت بكلمة الإسلام، ومات عليها، وتال الآخران: بل إنما تكلم بكلمة الكفر ومات عليها ولم يعرف في الأصل على كفر ولا على إسلام ينظر إلى أعدل البينتين أيضاً فإن استويا في العدالة سقطتا، وقسم المال بينهما بنصفين بعد أيْمانهما. وأما لو علم في الأصل كافراً فقالت إحدى البينتين: أنه أسلم ومات على الإسلام، وقالت الآخرى: ما أسلم، بل مات على الكفر، لكانت البينة التي شهدت بإسلامه أعمل من الأخرى، وإن كانت أقل عدالة منها. فهذا تحصيل القول في هذه المسألة. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل مريض باع عبداً بمائة دينار وقيمته ثلاث مائة دينار، ثم مات ولا مال له غيره، قال: يكون للمشتري ثلثا العبد، ثلث يكون له بالوصية، وثلث بالمائة التي دفع في ثمنه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة يتحصل فيها ثلاثة أقوال: أحدها قول ابن القاسم في هذه الرواية: إن الورثة يخيرون ابتداءً بين أن يجيزوا البيع وبين أن يمضوا للمشتري من العبد ثلثه بالوصية وثلثه بالمائة التي دفع. وهذا إذا كانت قسمته على حالها، والمائة

باقية فهذا معنى قوله فيها. والقول الثاني إنه يمضي منه للمشتري بالثمن، قدر مالا محاباة فيه، ثم يخير الورثة في المحاباة، فإن شاؤوا أجازوها وأمضوها وإلا قطعوا له بثلث الثلث. وهو ثلث العبد، إذ لا مال له غيره. وهذا قول عيسى بن دينار وهو قريب من القول الأول، إذ لا فرق بينها وبينه إلا في تخير الورثة هل يكون ابتداء أو بعد أن يمضي منه للمشتري بالثمن قدر ما لا محاباة فيه؟ وتأول ذلك إلى اختلاف في المعنى. والقول الثالث إن الورثة يخيرون ابتداء بين أن يجيزوا البيع وبين أن يردوه ويعطوا المشتري مائته التي كان دفع ويقطعوا له بثلث الميت في العبد المبيع، وهو ثلثه، إذ لا مال له سواه. وهو قول ابن القاسم في سماع سحنون من كتاب الشفعة، ورواية أصبغ عن ابن القاسم عن مالك في الواضحة ولا يكون على هذا القول للورثة أن يلزموا المشتري أن يأخذ من العبد بالمائة التي دفع ما يجب لها منه بغير رضاه، ولا له أن يلزمهم ذلك بغير رضاهم، خلاف ظاهر هذه الرواية، وليس للمشتري على ظاهر هذه الرواية أن يزيد ما حاباه به الميت رائداً على الثلث، ويستخلص البيع، خلاف قول ابن القاسم في سماع سحنون ويحتمل عندي ألايحمل شيء من هذه الرواية في هذه المسألة على ظاهره مما يوجب الاختلاف. وتفسير بعضها ببعض فلا يكون في المسألة خلاف، وترجع الروايات كلها إلى شيء واحد، فنقول على هذا: إن الحكم في المسألة أن يخير المشتري ابتداء، فإن أراد أن يزيد المحاباة ويستخلص البيع، كان ذلك له، على ما في سماع سحنون من كتاب الشفعة، وإن أبى من ذلك، واتفقوا جميعاً على أن يمضوا للمشتري من العبد بالثمن قدر ما لا محاباة فيه، ثم يكون الورثة بعد ذلك في المحاباة بالخير، بين أن يجيزوها ويقطعوا له بثلث الميت، وهو ثلث العبد، إذ لا مال له غيره، فعلوا ذلك على قول عيسى بن دينار، وإن لم يتفقوا على ذلك خير الورثة ابتداء بين أن يجيزوا الشراء على ما وقع عليه من المحاباة وبين أن يردوا إليه ماله، ويقطعوا له ثلث مال الميت، وهو ثلث العبد، إذ لا مال له غيره، على ما في سماع سحنون من كتاب الشفعة، وعلى ما حكى ابن حبيب عن مالك من رواية أصبغ عن ابن القاسم عنه إلا أن يريد المشتري أن يكون له من العبد بقدر المائة، ويرضى بذلك الورثة، فيكون له حينئذ ثلثا العبد، ثلث بالمائة التي دفع، وثلث بالوصية، إذ لم يجيزوا له الشراء، وقطعوا له بثلث العبد، إذ هو ثلث مال الميت، وهو أحسن ما يقال في هذه المسألة لأن حمْل الروايات على الاتفاق أولى من حملها على الاختلاف. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل أوصى فقال: لفلان علي دنانير فقال: يعطى ثلاثة دنانير؛ لأن الدنانير لا تكون أقل من ثلاثة.

قال محمد بن رشد: هذا بيّن على ما قاله؛ لأن الثلاثة يقين، وما زاد عليها شك، ولا تكون الوصايا بالشك، كما لا يكون الميراث به. وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن امرأة قالت: ثلث مالي لأبي، ثم قالت: ثلث مالي لأخي وهي صحيحة. قال: يأخذ الأب ثلث مالها وليس عليها غيره، ولا يكون لأختها شيء؟ أرأيت لو قال الرجل: دابتي لفلان، ثم قال: دابتي لفلان صدقة؟ إن الأول أولى بها.

قال محمد بن رشد: قوله: ثلث مالي لأبي معناه: هبة له أو صدقة عليه، والهبة والصدقة في الصحة لازمة ولذلك لم ير لأخيها شيء؛ لأنها إنما تصدقت عليه بما قد وجب لأبيها بالقول المتقدم؛ لأنه حمل الثلث محمل الشيء المعين، يعطيه لرجل ثم يعطيه بعد لغيره. والأظهر أن يكون لأخيها ثلث الثلثين الباقيين من مالها.

ووجه قوله: إنه صدقها في أنها لم تعط لأخيها إلا ذلك الثلث بعينه التي كانت أعطته لأبيها وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن امرأة مسلمة هلكت وتركت أماً لها نصرانية، وأختاً لها مسلمة، وأخا مسلماً، وأوصت بثلث مالها لأمها، وأوصت أن لأختها عليها عشرين دينارا ولم تترك إلا عشرين ديناراً. قال ليس لأمها شيء والعشرون الديْن بين الأخ والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين إلا أن يكون فيما تركت فضل عن العشرين، فتعطى أمها ثلث ما فضل بعد العشرين.

قال الإمام القاضي: هذا بين على ما قاله؛ لأن وصيتها لا تدخل فيما أقرت به لأختها وإن كانت الوصية لها بذلك غير جائزة وإنما يكون فيما سوى ذلك من مالها وهو معنى ما في المدونة وغيرها وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسئل عن رجل هلك وترك بنات وغيرهن، وأوصى لبنت ابنه من ثلث ماله بمثل نصيب أحد بناته قال: يعزل الثلث، ثم يقسم الثلثان على فرائض الله، فتنظر ما صار لأحد بناته، فيعطى بنت الابنة مثله من الثلث، فإن فضل شيء عن أهل الثلث قسم

على أهل الفرائض كلهم، وتجعل بنت الابن مع البنات، كأنها منهن مثل ما لو كانت بنت ممن يرث الميت.

قال الإمام القاضي: الظاهر من قول ابن القاسم من هذه المسألة أنه راعى قول الموصي من ثلث ماله، وأعمله، وجعله دليلاً على أنه إنما أراد أن يعطي الموصى لها من ثلث ماله، مثل نصيب أحد بناته من ثلثي ماله، ليكون لها بالوصية مثل ما لأحد بناته بالميراث، فلا يكون لها بذلك أكثر من حظها الواجب لها بالميراث، فلذلك قال: إنه يعزل الثلث ثم يقسم الثلثان على فرائض الله، فيعطي الموصى لها من الثلث، مثل ما صار لأحد بناته من الثلثين ثم إن فضل بعد الوصايا من الثلث فضل كانت فيه مع البنات كأنها منهن، ولو أوصى لها بمثل نصيب أحد بناته، ولم يقل من ثلث ماله، لقال: إنها تعطى مثل نصيب أحد بناته من جميع ماله ابتداء ثم يقسم الباقي على الفرائض على ما قال في المدونة وغيرها، فالذي يوصي لرجل بمثل نصيب أحد بنيه، وله ثلاثة بنين، إنه يكون للموصى له الثلث، ثم يقسم الثلثان على البنين ثلاثة فيصير للموصى له أكثر مما صار لكل واحد منهم. ومن الناس من ذهب إلى أن قول ابن القاسم في هذه الرواية خلاف لما في المدونة وأنه لا فرق بين أن يقول الموصي: ثلث مالي، أو يسكت عن ذلك؛ لأنه قد علم أن الوصايا لا تكون إلا من ثلث المال، فإذا قال: أعطوا فلاناً مثل نصيب أحد ولدي فإنما معناه: أعطوه من ثلث مالي، مثل نصيب أحد ولدي والاحتمال أن يريد مثل نصيب أحد ولده من جميع ماله، فيكون له أكثر مما يصير لكل واحد منهم بالميراث، واحتمل أن يريد مثل نصيب أحد ولده مما بقي بعد الوصية، فيكون له مثل ما يصير لكل واحد منهم بالميراث، مثل قول ابن القاسم في هذه الرواية كما لو قال: هو من عدد ولدي، فإنما محمله في المدونة على الوجه الأول، وحمله في هذه الرواية على الوجه الثاني. والأظهر أن قول ابن القاسم لم يختلف في ذلك، وإنما فرق بين أن يقول من ثلثي، أو يسكت عن ذلك. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل قال: عبدي ميمون، يخدم فلاناً سنتين، ثم هو حرّ، ثم قال: ميمون أيضاً يخدم فلاناً سنة قال ابن القاسم: يتحاصان في خدمة سنتين، فيكون للذي أوصى له بخدمة سنة خدمة ثلثي سنة، وللذي أوصي له بخدمة سنتين، خدمة سنة وثلث قيل له: أرأيت إن قال: ميمون غلامي يخدم فلاناً سنة ثم هو حُرّ وقال أيضاً: ميمون ذلك الغلام بعينه، يخدم فلاناً سنتين؟ قال: يتحاصان في خدمة سنة، ثم هو حرّ، للذي أوصى

له بخدمة سنتين ثلث سنة وللذي أوصى له بخدمة سنة خدمته ثلث سنة.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله؛ لأن العبد إذا حمله الثلث فقد وجب له العتق، بعد خدمة السنة أو السنتين، والخدمة وصية بمال، يجب التحاص فيها إذا ضاقت الوصايا بالخدمة عنها، ولو لم يحمل الثلث العبد، يخير الورثة بين أن يجيزوا الوصية، فيكون الحكم فيها على ما تقدم، وبين أن يعتقوا منه ما حمل الثلث بعد الخدمة، فيتحاص الموصى لهما بالخدمة في خدمة ما حمل الثلث منه؛ لأن الموصي قد يرى الخدمة على العتق. وهذا كله على معنى ما في المدونة وغيرها وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى، فقال: لفلان وفلان وفلان ثلث مالي، لفلان عشرة، ولفلان عشرون، ولفلان ثلاثون. أولئك المسمَّين أولاً بأعيانهم. قال: فوجد الثلث مائة على من يرد الفضل؟ قال: على من أوصى لهم بالثلث على عدد الدنانير.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم في هذه الرواية، تفسير روايته عن مالك الواقعة في رسم سلعة سماها من سماعه على الصحيح من التأويل فيها حسبما مضى بيانه هناك. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى بعبد له لرجل، ثم مات، فإذا العبد نصف ماله، وقال الذي أوصى له بالعبد للورثة: إما أن يسلموا إلى العبد وإما أن يقطعوا لي بالثلث من كل شيء، قال: ذلك إلى الورثة، قيل: فإن قال الورثة لا نسلم إليك العبد، ونحن نقطع لك بثلث كل ما ترك الميت، فمات العبد قبل أن يقضي للذي أوصى له بشيء، قال: فلا شيء له، إلا أن يكون حكم له بقضاء أن يقطع له ثلث ما ترك الميت، فأما إذا لم يكن يقضي فيه إلا بقول كذا ثم مات العبد فلاشيء له.

قال محمد بن رشد: قوله: إلا أن يكون حكم له بقضاء أن يقطع له ثلث ما ترك الميت يريد: أو بلفظٍ باتٍ مثل أن يقول: قد قطعنا له بالثلث. وأما إن قالوا: نحن نقطع ثم مات العبد فلا شيء وقال سحنون في نوازله التي تقدمت: إنه إذا قيل للورثة تخيروا فأبوا، فقيل لهم: اقطعوا فقالوا: نعم إن ذلك قطع له بالثلث، يكون له ثلث ما بقي بعد العبد إن مات العبد على القول بأنه يقطع له الثلث في جميع مال الميت، ولا يكون له في العبد وهو خلاف ظاهر هذه الرواية عن ابن القاسم، والاختلاف في قولهم نعم، بعد أن قيل لهم: اخلعوا بلفظ الأمر، على قياس اختلاف قول مالك في أول رسم من

سماع أشهب، من كتاب جامع البيوع في الذي يكون له العبدان فيسام بهما، فيقول الرجل: هذا العبد بأربعين إلى سنة، وهذا العبد بأربعين إلى سنة وهذا العبد الآخر بخمسين إلى سنة خذ أيهما شئت، حسبما مضى بيانه هناك، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى قال: لفلان علي مائتي دينار، وأوصى في تلك الوصية بعينها: إن لفلان ذلك الرجل بعينه علي مائة دينار، قال يعطى ثلاثمائة، كان ذلك في وصية واحدة، أو في وصيتين مختلفتين، قيل له: أرأيت لو قال: لفلان علي مائة دينار ثم أوصى له أيضاً بمائة دينار، يتصدق بها عليه؟ قال: يعطي مائتين، كان ذلك في وصية واحدة أو وصيتين. قال: إلا أن يكون أوصى لرجل في مرضه بمائة دينار، وأوصى له أيضاً في وصية أخرى بمائتي دينار، فإنه يعطي الأكثر منهما، كان ذلك في الوصية الأولى أو في الآخرة.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه إذا أوصى له بوصيتين إحداهما أكثر من الأخرى: إنه يكون له الأكثر منهما كانت الأولى أو الآخرة، هو مثل ما تقدم من قوله في رسم الصلاة من سماع يحيى مثل قوله في المدونة وغيرها، لم يختلف في ذلك قوله، وكذلك إذا كان الوصيتان مستويتين، يكون له الواحدة منهما. وقد مضت، هناك توجيه قوله. وذكر ما في ذلك من الاختلاف، فلا وجه لإعادته.

وأما إذا أوصى له بدين بعد دين، أو بوصية ودين، فلا اختلاف أحفظه في أنهما يكونان له جميعاً والله الموفق.

مسألة:

قال ابن كنانة وابن القاسم في رجل قال في وصيته: بيعوا جاريتي مِمَّن يرفق بها، قالا: تباع ممن يرى أنه يرفق بها من غير شرط ولا شيء، قيل له: فإن أبى أن يشتريها حتى يوضع له من ثمنها قال: أرى أن لا يوضع عنه شيء لأن الناس سواه كثير، فيختار لها رجل صالح، قال: ولو كان قال بيعها ممن أحبت إذاً لوضع عنه ما بينه وبين ثلث قيمتها.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي أوصى أن تباع جاريته ممن يرفق بها، إنه لا يوضع عن المشتري الذي يظن أنه يرفق بها شيء من ثمنها صحيح، لا اختلاف فيه أحفظه. وأما الذي أوصى أن تباع جاريته ممن أحبت، فلا اختلاف أحفظه في أنه يوضع عن الذي أحبت رجل صالح، قال: ولو كان قال: بيعوها ممن أحبت إذاً لوضع عنه ما

بينه وبين ثلث قيمتها. قوله: في الذي أوصى أن تباع جاريته أن تباع منه إذا أبى أن يشتريها إلا بوضيعة ثلث ثمنها وإنما الاختلاف هل هي وصية لها أو للمشتري فيما يتعلق بذلك من الأحكام؟ حسبما مضى القول فيه رسم الوصايا من سماع أشهب والله الموفق.

مسألة:

وقال في الجارية يوصى فيها أن تباع ممن يعتقها، فتختار البيع، قال: إن كانت رائعة كان ذلك لها أن يحسبها الورثة مملوكة، أو يبيعوها بغير شرط، وإن كانت دنيَّة، فليس ذلك لها، وأثمان الستين ليست برائعة، قيل له: فاليوم على رخص الرقيق قال نعم. واليوم ليس هي برائعة يريد في هذا.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول عليها في رسم حلف ليرفعن أمراً إلى السلطان، فلا وجه لإعادته.

مسألة:

وقال في الذي أوصى بوصيتين في مرض واحد، أوصى في إحداهما لرجل بعشرة دنانير وعبد، وأوصى له في الأخرى بخمسة دنانير وبِرْذَون، قال: يعطى العشرة والغلام والبردون، إن وسع ذلك الثلث، فإن لم يسع حاصَّ بذلك، وإن لم يكن معه وصايا أخذ ما حمل الثلث، إلا أن يجيزُوا وصاياه، وذلك أن مالكاً قال: إذا أوصى له بوصيتين في وصية واحدة مختلفة من الدنانير، كان له الأكثر من العدة، كانت الأولى أو الآخرة، وسواء عندي كان مع العين وصية غيرها، أو لم تكن، يعطى الأكثر مما أوصى له من العين، وأما غيره فإنه يأخذ ما في كل وصية إذا كان مختلفاً على ما ذكرت، ولو أوصى له في واحدة بعبدين، والأخرى بعبد، كان محمله عندي محمل الدنانير، ولم يعطه إلا عبدين، الأكثر من الوصيتين، إلا أن يسمى العبيد بأعيانهم مختلفين فيكون له جميعاً.

محمد بن رشد: هذا مثل ما تقدم قبل هذا في هذا السماع ومثل ما في المدونة وغيرها.

وقد مضى في رسم الصلاة من سماع يحيى توجيه قول ابن القاسم، وذكر الاختلاف في ذلك وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل وصي اشترى رقبة فأعتقها، فإذا هي نصرانية، قال: إن كانت من ظهارٍ أو قتل خطأ أو شيء واجب، فأرى أن يضمن؛ لأنه فرط حين لم يسأل

ويستحسن.

قال محمد بن رشد: قد تقدم القول في تضمين الوصي فيما أخطأ فيه في أول سماع أصبغ، وقرب آخر الرسم منه، وفي رسم الأقضية من سماع أشهب، فلا وجه لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت: فإن قال: أعتقوا عني رقبة فأعتقوها ولم يُسمِّ من أيِّ شيء، أهي على الواجب حتى يعلم غير ذلك؟ قال: لا بل على غير الواجب حتى يعلم الواجب.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال؛ لأن الأصل براءة الذمة، فلا يثبت فيها شيء إلا بيقين. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل أوصى فقال: مائة دينار لبني عمي فلان: على فقرائهم، فوجدوا كلهم أغنياء، قال: يوقف عليهم، فإن افتقر منهم أحد، دفع إليه، قيل له: فإن لم يفتقر منهم أحد. قال: يرجع ميراثاً إلى ورثة الذي أوصى بها.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة. وقوله فإن لم يفتقر أحد معناه: حتى مات وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل قال: أعتقوا عبيدي القدماء، وله عبيد منذ عشر سنين، وعبيد منذ خمس سنين، ومنذ ثلاثة سنين، وسنة، قال: إن حملهم الثلث، عتقوا كلهم، وإن كان له عبيد منذ أقل من سنة، فليسوا بقدماء. قيل له: فإن لم يكن له عبيد قبل السنة، وإنما هم بعد السنة منذ خمسة وأربع وأكثر وأقل ولم يحملهم الثلث، كيف يصنع فيهم؟ قال: يتحاصُّون كلهم، فيعتق منهم ما حمل الثلث.

قال محمد بن رشد: إنما قال فيمن قال: أعتقوا عبيدي القدماء، إنهم يعتقون كلهم إن حملهم الثلث، إذا كان أحدثهم ملكاً له عنده سنة فأكثر؛ لأنه رأى السنة حداً للقدم، وهو قول ربيعة، واستدل على ذلك بقول الله عزْ وجل: ﴿حَتَّى عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ﴾ [يس: ٣٩]، وهي سنة تامة. وله في كتاب ابن المواز والمجموعة: إنه إن قال: أعتقوا قدماء رقيقي، عتق الأول فالأول، حتى ينفذ الثلث، وإن وسعهم الثلث كلهم، نظر إلى الذي يظن أنه أراد في قدم الكسب وحدوثه، فليبدأ القدماء، ولا شيء للمحدثين، وإن اشتراهم، جملة واحدة، عتق ثلثهم. وقوله: فالسهم، يريد: إن لم يكن له مال غيرهم،

وأما إن كان له مال غيرهم، فإنما يعتق بالسهم ما حمل الثلث منهم. وقوله: قدماء رقيقي على قياس ما تقدم من قوله في أول رسم من سماع أصبغ. وفي كتاب ابن المواز في الذي يقول: في خيار رقيقي ففرق بين أن يقول: عبيدي القدماء أو قدماء عبيدي لافتراق اللفظين في المعنى وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل أوصى، فقال: ثلث مالي لعبدي، وثلث مالي لفلان أجنبي، قال: يكون الثلث بين الأجنبي وبين عبده، فما صار للعبد عتق منه بقدر نصف الثلث.

قال محمد بن رشد قوله: إنه يعتق من العبد بقدر نصف الثلث الذي صار له، صحيح على مذهبه وروايته عن مالك في المدونة وغيرها؛ لأنه قد ملك من رقبته نصف ثلثها، فوجب أن يعتق عليه ما ملك من رقبته وبقيته فيما صار له من الثلث إن حمل ذلك بقيته، وإن لم يحمل ذلك بقيته وله مال سواه، عتق عليه ما بقي منه في ذلك، بمنزلة العبدين الشريكين، يعتق أحدهما حظه فيقوم عليه حظ شريكه.

مثال ذلك أن يكون قيمة العبد ثلاثين، ويترك الميت سواه ستين، فيكون ثلث الميت، وهو ثلاثون بينهما، للعبد خمسية عشر، يجعل له في رقبته، فيعتق منه نصفها، ويكون للموصى معه خمسة وللورثة بقية العبد، وخمسة وأربعون، وإن كان للعبد مال، من غير الوصية، قوم فيه بقيته على الورثة، فيدفع إليهم من ماله خمسة عشر، قيمة نصفه، وأعتق جميعه. وقد مضى في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم ما في هذا من الاختلاف. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل أوصى عند موته، ولم يترك إلا داراً وأوصى إن باع ورثته بعده الدار فثلثها للمساكين، ومن باع منهم نصيبه فثلث ما يصير له للمساكين، قال: هو على ما أوصى. قيل له: فإن الدار قوم سفليها بمائة دينار، وقوم علوها بمائة وأربعين، فأراد النساء أن يأخذن العلو، ولهن عشر قراريط من الدار، فقال النسوة: نحن نرد على الورثة أربعين ديناراً أو يكون العلو لنا. قال ابن القاسم: لا نرى أن يترادًا بالدنانير، ولكن يقسم للنساء بحقهن، ولو ربع بيت أو أقل أو أكثر، ولا يترادَّان بشيء من الدنانير. قيل: فإن القاضي قد قضى بارتداد النساء على الرجال، أتراه؟ ولا يكون على الرجال في أربعين التي أخذوها بشيء؛ لأنه ليس ببيع، فإن النساء أردن بيع ما كان لهن في الدار. قال: يكون عليهن أن يتصدقن بثلث ما كان لهن مما ورثن فقط، ولا يكون عليهنَّ في

العشرين شيء يخرجن العشرين. قال: لا ثم يتصدقن بما بقي، فإن باع الرجال الذي لهم، أخرجوا لهم ثلث ما باعوا به، وثلث العشرين التي أخذوها.

قلت: أرأيت إن احتاج النساء إلى بيع فبعن تلك العشرين التي رددْنها على الرجال قط، أترى عليهن فيها شيئاً أو على الرجال حين باع النساء؟ قال: لا ليس على أحد منهم شيء.

قال محمد بن رشد: كان القياس في هذه المسألة على ما يقتضيه ظاهر لفظ الموصي، فحمله على عمومه، إذ قال: ومن باع منهم نصيبه بثلث ما يصير له للمساكين أو لم يفرق بين أن يبيع نصيبه من أجنبي، أو من بعض الورثة، فيوجب على الرجال الصدقة بثلث الأربعين التي قبضوها من النساء؛ لأنهم قد باعوا بها من النساء بعض حظهم الواجب لهم بالميراث من الدار، إلا أنه رأى أن الموصي إنما أراد ألا يخرج الدار عنهم، ولا يبيعوها ولا شيئا منها من غيرهم. فرأى وجه ما أوصى به، أنهم إن باعوا الدار كان عليهم أن يتصدقوا بثلث الثمن، وإن باع أحد منهم حظه الواجب له بالميراث في الدار من أجنبي، كان عليه أن يتصدق بثلث ثمن ذلك، وعلى هذا أتى جوابه في المسألة فقال: إنه لا شيء على الرجال في الأربعين التي أخذوها من النساء في الزيادة على حظهن من العلو، وقوله: أفترى رد النساء على الرجال بيعاً؟ معناه: أتراه بيعاً يجب به على الرجال الصدقة بثلث الأربعين، قال: لا فإن باع النساء العلو من أجنبي بعد أن استخلصوه بأربعين التي زادوها، كان على الرجال في الأربعين التي أخذوها من النساء في الزيادة عليهن، أن يتصدقن بثلث ما كان لهن بالميراث في الدار، ولم يجب عليهن شيء فيما ناب من الثمن، ما يجب منه لما صار إليهن من يقبل الرجال بالأربعين التي زادها. فهذا معنى قوله: ولا يجب عليهن في العشرين شيء، وكان حقه أن يقول: ولا يجب في الأربعين شيء أي فيما يجب من الثمن، لما صار إليهن من قبل الرجال بالأربعين؛ لأنه لم ينزل المسألة إلا على أنهن رددن أربعين لا على أنه رددن عشرين. وقوله: يخرجن العشرين ثم يتصدقن، بما بقي، لفظ خرج على التجاوز، ومعناه: يخرجن ما يجب من الثمن لما اشتروه من الرجال بالعشرينَ، إن كن ردذنهم عشرين ثم يتصدقن بثلث ما بقي، لا بما بقي. وكذلك قوله: إن باع الرجال الذي لهم أخرجوا ثلث ما باعوا به، وثلث العشرين التي أخذوها. معناه: إن كانوا أخذوا من النساء في خروجهن العلو عشرين، كما ذكر في أول المسألة، وهو صحيح؛ لأن النساء لما بعن جميع حظهن من الدار، ثم باع الرجال جميع حظهم منها وجبت

الصدقة بجميع الثمن. وقد تصدق النساء بثلث ثمن ما ورثته، فوجب على الرجال أن يتصدقوا بثلث جميع ما ورثوه أيضاً، ما باعوه من الأجنبي، وما كانوا باعوه من النساء؛ لأن الذي باعوه من النساء قد خرج عن أيديهم بالبيع، ولو باع النساء ما وجب لهن بالميراث... لأنفسهم ما وجب لهم لما أخذنه من الرجال بالأربعين، ثم باع الرجال الذي لهم لم يجب عليهم أن يتصدقوا بثلث الأربعين لأن الذي باعوا من الدار، باق بأيدي النساء. فمتى ما باعوه وجب على الرجال الصدقة بثلث الأربعين. وقوله: إنه احتاج النسوة إلى بيع، فبعن ملك العشرين التي رددنها على الرجال، أي ما يجب لهن من الدار، فلا شيء عليهن في ثمن ذلك صحيح؛ لأن ما ورثْتَهُ من الدار لم يبعنه، فلا شيء عليهن في ثمن ما بقي مما اشترينه من الرجال. وأما قوله: إنه لا يجب على الرجال في ذلك شيء حين باعه النساء، ففيه نظر، وكان الأظهر أن يجب عليهم إذا باع النساء ذلك، الصدقة بثلث الأربعين التي قبضوها من النساء في ذلك، أو في ثلث العشرين، إن كانوا إنما قبضوا منهن عشرين ووجه ما ذهب إليه أنه لما كان قد بقي بين يدي النساء من الدار، قدر ما باعوه منهن أو أكثر، لم يجب عليهم في الأربعين أو العشرين شيء؛ لأن الذي باعوه بها لم يخرج على الورثة، وفيه نظر، وكان القياس أن يكون ذلك مقبوضاً؛ لأن ما بعنه مشاعاً فينظر ما يقع ما بعنه من الدار، مما ورثنه واشترينه من الرجال مجموعاً وهو السبعان، على ما نزل عليه المسألة، فيكون على الرجال أن يتصدقوا بثلث سبع الأربعين أو العشرين التي قبضوها من النساء وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل أوصى عند موته، فقال: ثلث مالي لابن عبدي ولعبده ابن حرّ، قال: إن كان ابن عبده كبيراً فقبل تلك الوصية، عتق عليه أبوه، وإن لم يقبلها عتق عليه ثلثه، يريد أباه، وإن كان صغيراً أعتق عليه ثلثه فقط، وإن كان الثلث أكثر من رقبة أبيه أعطيه الابن.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه إن قبل الوصية عتق عليه أبوه، صحيح، على ما في المدونة وغيرها، لا اختلاف في ذلك؛ لأنه لما أوصى له بثلث ماله، والعبد من ماله، فقد أوصى له بثلث العبد، وبثلث ما بقي من ماله، فإن قبل عتق عليه باقيه في بقية الثلث الذي أوصى له به. وفيما سوى ذلك من ماله. وأما قوله: إذا لم يقبل إنه يعتق ثلثه، ففي ذلك اختلاف، قيل: إنه إذا لم يقبل سقطت الوصية، وهو الذي يأتي على قول

مالك في رواية علي بن زياد عنه في المدونة. وقيل: إنه يعتق عليه ثلثه، ويكون الولاء له. وهو قول ابن القاسم في المدونة وقيل: إنه يعتق، ويكون الولاء للموصي، وهو قوله في سماع سحنون في رسم القطعان، من سماع عيسى من كتاب العتق.

وقد مضى توجيه هذا الاختلاف في سماع سحنون المذكور، في رسم المكاتب، من سماع يحيى من كتاب الصدقات والهبات. وقوله إن كان الثلث أكثر من رقبة ابنه أعطيه الابن، معناه: في الكبير إذا قبل، وأما الصغير إذا أعتق عليه ثلث أبيه، فيعطى ثلث سائر مال الموصي وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: قال مالك إذا أوصى الرجل عند موته فقال: حاسبوا ابني بما أنفقت عليه. قال: إن كان مال ابنه عينا لم يجز قوله؛ لأنه لو أراد أن يحاسبه بما أنفق عليه أخذه قبل موته، وإن كان ماله إنما هو عرض حوسب به.

قال محمد بن رشد: كان من أدركنا من الشيوخ، يحملون هذه الرواية على الخلاف لما في أول سماع ابن القاسم، من كتاب طلاق السنة؛ لأنه قال في هذه الرواية، إنه لا يحاسب إذا كان المال عيناً، وإن أوصى الأب أن يحاسب. وقال في تلك: إنه يحاسب إذا لم يقبل ذلك عند موته، فدل ذلك على أنه لو أوصى أن يحاسب لحوسب. والذي أقول به: إن ذلك ليس باختلاف من القول، والفرق بين المسألتين أنه لم يكتب عليه النفقة في هذه الرواية، ولذلك قال: إنه لا يحاسب وإن أوصى أن يحاسب. وكتبها عليه في ذلك، ولذلك قال: إنه يحاسب إن أوصى بذلك.

وقد مضى هناك القول على هذه المسألة بتفريع وجوهها مستوفى فأغنى ذلك عن إعادته.

مسألة:

وقال في رجل أقرَ بدين لمن يتهم عليه، وأوصى بزكاة؟ قال يبدأ بالدين من رأس المال، ثم تكون الزكاة من ثلثي ما بقي. قال الإِمام القاضي: هذا بعين صحيح على ما في المدونة وغيرها، لأنه لما أقرّ بالدين، فقد أراد أن تكون الزكاة التي أوصى بها في ثلث ما بقي من ماله بعدما أقرّ به من الدين، وإن رد بعد موته، للتهمة؛ لأنه لم يعمل هو على أن يرد وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل أوصى فقال: ثلثي لأهلي، قال: لا تدخل الخالة ولا الخال. قال:

وأرى العمة تدخل مع العصبة؛ لأنها لو كانت رجلاً ورث. قيل له: ولو لم يكن بقي من أهله إلا الخال والخالة، لم تر لهما شيئاً قال: نعم. إذاً إنما يكون للعصبة دونهما.

قال محمد بن رشد: قد مضى الكلام على هذه المسألة في رسم أسلم من سماع عيسى وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال: لا يقض المريض بعضا غرمائه دون بعض؛ لأنه في حالة يحجب فيها عن ماله، بمنزلة المفلس سواء.

قال محمد بن رشد: يريد المريض الذي يحجب فيه عن القضاء في ماله، وكذلك روى أصبغ عنه. وقوله بمنزلة المفلس سواء، يريد: أنه لا يجوز قضاؤه فيه عنده، كما لا يجوز في المفلس لا أن له حكم المفلس إذ لا اختلاف في أن إقراره بالدين لمن يتهم عليه جائز في المرض، ما لم يفلس، والرهن بمنزلة القضاء، لا يجوز عنده، وأجاز ذلك غيره في المدونة رهنه وقضاؤه كما يجوز بيعه وشراؤه وإقراره بالدين لمن لا يتهم عليه والفرق عند ابن القاسم بين القضاء والرهن، وبين الإقرار، أنه في الإقرار، لم يحاب بعض الغرماء على بعض، وفي القضاء والرهن، قد حالا بالذي قضاه أو رهنه على غيره، فإقرار المديان بالدين لمن لا يتهم عليه، يجوز في الصحة والمرض عند جميعهم، وقضاؤه ورهنه بعض غرمائه دون بعض، لا يجوز عند مالك وابن القاسم في المرض. واختلف قولهما في ذلك في الصحة، وكذلك إقراره لمن يتهم عليه في الصحة، اختلف قولهما في ذلك، ولا اختلاف في أن ذلك لا يجوز في المرض.

فهذا تحصيل القول في هذه المسألة، وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن الرجل يقول في مرضه: عبدي لعبد الرحمن، ثم يقول بعد ذلك: عبدي لعبد الله بتْلاً قال: لا أرى لعبد الرحمن وصية إلا أن يقول: عبدي لعبد الله بتْلاً بعد موتي، فإذا قال هذا تحاصا في العبد: عبد إله وعبد الرحمن جميعاً.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال؛ لأنه إذا بتله لعبد الله، فقد نقض وصيته فيه لعبد الرحمن؛ لأن الهبة رجوع في الوصية. وأما إذا ابتله له بعد الموت، فهي وصية له أيضاً، يشتركان فيها. قال: وهو مثل ما تقدم له قبل هذا في هذا السماع وغيره ومثل ما في المدونة وغيرها.

وقد مضى في رسم الصلاة من سماع يحيى توجيه قول ابن القاسم في هذا وذكر

الاختلاف فيه. وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت: فإن قال: فرصتي لعبد الرحمن في مرضه، ثم بناها في مرضه، أترى ذلك انتزاعاً؟ قال: لا ولكنه يحاص بقيمة العرصة مع أهل الميراث، ويضرب أهل الميراث بقيمة البناء. وسئل عنها سحنون: فقال: أرى هذا نقضاً لوصيته؛ لأنه قد أحال الفرصة عند حالها، فقد نقض وصيته.

قيل له: فلو أوصى لرجل بداره في مرضه، ثم هدمها هل ترى ذلك نقضاً لوصيته؟ قال: الذي أقول أنا به: فأرى له قاعة الدار؛ لأن القاعة لم تزل على حالها، وأما غير البنيان، وإزالته عن حاله، فقد نقض وصيته في البنيان.

قلت له: فإن قال: ثوبي لعبد الرحمن، ثم قطعه قميصاً فلبسه في مرضه قال: هو لعبد الرحمن، وليس بتقطيعه إياه، ولا لبسه انتزاعاً. قال: وإن قال: شقتي لعبد الرحمن، ثم قطعها وخصماً في مرضه وسراويلات، رأيت ذلك انتزاعاً لأنه إذا أوصى ثم حوله عن اسمه حتى يسمى اسماً آخر، رأيت ذلك انتزاعاً؛ لأنه إذا قال: شقتي ثم قطعها قميصاً فقد صار اسمها خرقة ولأنه إذا قال: ثوبي في هذا ثم قطعه قميصاً فاسمه ثوب أيضاً، وليس تقطيعه إياه بالذي يحوله عن أن يكون اسمه ثوب.

قلت له: فإن أوصى بثوب، ثم صبغه صبغاً يزيد في ثمنه، كيف يكون الثوب؟ قال: يضرب بقيمته أبيض، ولاشيء له في الصبغ.

قال محمد بن رشد: قد مضى بعض هذه المسألة والقول عليها في رسم الوصايا والأقضية، ورسم الوصايا الصغير، من سماع أصبغ. ومضى خليل القول فيها مستوفى في نوازل سحنون فلا وجه لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل أُوصي لَه بجارية بعد موته، ثم وطئها. أترى ذلك انتزاعاً؟ قال: لا. قيل له: فإنها وقفت حين مات، خوفاً من أن تكون حاملاً فحمل عليها رجل فقتلها لمن تكون جنايتها؟ قال: ليستردها الذي مات لأنه يخاف أن يكون بها حمل، ولا يكون للموصى له من جنايتها شيء. قيل له: أرأيت لو لم يراها حتى مات. بجميع ما له فمات الذي أوصى له بها أيضاً. قال: يكون ورثته يقومون مقامه.

قال محمد بن رشد: قوله: يخاف أن يكون بها حمل، يدل على أنه إنما جعل الجنابة عليها لسيدها الموصي بها، مخافة أن تكون حاملاً منه، ولو تيقنت براءتُها من الحمل، لكانت الجنابة عليها للموصي له بها. وهو معنى ما في من المدونة فحملها ابن القاسم، على الحمل حتى يعلم براءتها منه على أصله في غير ما مسألة. من ذلك قوله في سماعه من كتاب الاستحقاق، في الذي يستحق أمة له عند رجل اشتراها ويقيم عليها البينة، فتموت بعد ذلك، أن مصيبتها منه، ويرجع المبتاع بالثمن على البائع، إلا أن يكون قد وطئها فتكون المصيبة منه، من أجل... فيها، ويرجع المستحق على البائع بالأكثر من القيمة أو الثمن، إن كان عاصياً. وقد قيل: إنها محمولة على السلامة من الحمل حتى يعلم أنها حملت، فعلى هذا تكون الجناية عليها للموصى له بها وإن كان الموصي قد وطئها، إلا أن يعلم أنها كانت حاملاً منه. وهو مذهب مالك في رواية أشهب عنه في الذي يشتري الأمة فيطؤها، ثم يظهر على عيب فيها، فيردها إلى البائع، فتموت قبل أن تحيض، أن ضمانها من البائع المردود عليه بالعيب، إلا أن يعلم أنها كانت حاملاً، فتلزم المشتري، ويرد عليه ما نقص العيب من ثمنها. وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل قال: لفلان عشرة دنانير، ولفلان عشرون دينارا ولفلان ثلاثون ديناراً ثم قال في مرضه ذلك: ولفلان ولفلان ولفلان الذي أوصى لهم بعدد تلك الدنانير، لهم ثلث مالي ثم هلك، قال: يعطى الذي سمي له عشرة عشرته، والذي سمي له عشرين عشرينه، والذي سمى له ثلاثين ثلاثينه، ثم ينظر إلى ما فضل بعد ذلك من الثلث، فيكون بينهما بالسوية، وقال مرة تكون على الحصص.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم في هذه المسألة على خلاف أصله فيمن أوصى لرجل بوصيتين، إنه يكون له الأكثر منهما، كانت الأولى أو الآخرة، وقياس قول مطرف في أن من أوصى لرجل بوصيتين: إنه يكونان له جميعاً إن كانتا متساويتين، أو كانت الثانية أقل؛ لأنه يحمله عليه عنده أنه استقل ما أوصى له به في الأول، فزاده ما في الثانية، وكذلك حمل ابن القاسم على الموصي في هذه المسألة أنه استقل ما أوصى به لكل واحد منهم من التسمية التي أوصى له بها، فزادهم بقية الثلث بقوله: لهم ثلث مالي، فمرة قال: إن ذلك يكون بينهم على السوية إذا لم يقل فيها: إنها تكون بينهم على قدرها أوصى لهم به، ومرة قال: إنما يكون بينهم على قدر ما أوصى لهم به أولاً؛ لأنه لَمَا فضَل بعضهم على بعض فيما أوصى لهم به أولاً، ثم زادهم زيادة حُكم للزيادة

بحكام المزيد عليه من التفضيل. والقولان محتملان، وهو أظهر. والله أعلم.

والذي يأتي في هذه المسألة على أصل ابن القاسم في الذي يوصى له بوصيتين، أن له الأكثر منهما. أن يقتسموا جميع الثلث بينهم على أكثر ما أوصى به لكل واحد منهم من التسمية التي سماها له، أو ثلث الثلث. وإن كان في المال عُروض جرى الحكم في ذلك على الاختلاف الذي قد ذكرناه في رسم الوصايا الصغير، من سماع أصبغ، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الذي أوصى في مرضه، فقال: ثوبي هذا بيعوه وتصدقوا بثمنه، فإنه ليس لي، وثوبي هذا الآخر، بيعوه وتصدقوا بثمنه، فإنه ليس لي، وإنما اغتصبت، ونحو هذا، ولفلان علي مائة دينار، ولفلان أيضاً مائة، لقوم سمَّاهم معروفين، ولفلان علي خمسون ديناراً وهم يسكنون في بلد كذا وكذا، لقوم لا يعرفون، ولو طلبوهم لأعجزوهم.

قال ابن القاسم: إن لم يكن على ما ذكر بينة إلا إقراره، فإنه يبدأ بالثياب التي أوصى بها أن تباع، ويتصدق بثمنهما، تباع، ويتصدق بثمنها بها، ثم يتحاص أصحاب الدين الذين يعرفون، والذي لا يُعرفون، وإن قامت البينة على ما ذكر، فإنه يحاص في الثياب وفي الدين الذي ذَكر لقوم يُعرفون، ولقوم لا يُعرفون جميعاً.

قال محمد بن رشد: قوله: إن لم يكن على ما ذكر بينة معناه: إن لم يكن ما ذكر من الديون التي أقرّ بها بينة؛ لأنه إذا لم يكن لهم بينة على ديونهم، لم يكن لهم حجة فيما أقرّ به من الثياب، أنه لا شيء له فيها، إذ لو شاء لم يقرّ لهم بشيء، كما أقرّ لابنه بمائة دينار، ولرجل أجنبي بمائة، فليبدأ بالثياب التي أوصى أن تباع ويتصدق بثمنها، وتكون الديون التي أقرّ بها للذين يعرفون، والذين لا يعرفون فيما بقي من ماله بعدها، فيتحاصون في ذلك، فما ناب الذين يعرفون أخذوه، وما ناب الذي لا يُعرفون وقف لهم، فإن لم يأت له طالب تُصدق به، وهذا إذا كان له ولد، على قياس ما مضى من قوله في هذا السماع، وفي غيره من المواضع، وأما إن لم يكن له ولد، فالذين يُعرفون أحق بما بقي بعد ثمة الثياب التي أوصى أن تباع، ويتصدق بثمنها؛ لأن إقراره لمن لا يُعرف لا يجوز، إذا كان يورث كلالة، وإن فضل من المال فضل بعد دين الذين يعرفون، وقف الدين، على الذين لا يعرفون إن كان يسيراً، وإن كان للورثة، إن كان كثيراً على قياس ما مضى في صدر هذا السماع وفي غيره أيضاً.

وقوله فإن قامت البينة على ما ذكر، معناه: فإن قامت البينة على الديون التي أقرّ بها يحاص في ثمن الثياب بالديون التي ذكر لقوم يعرفون ولقوم لا يعرفون، ذلك بين على ما قاله؛ لأنه إذا كانت لأرباب الديون بينة على ديونهم لم يصدق فيما أقرّ به من أن الثياب لا شيء له فيها، وبطلت وصيته، بالتصدق بها.

وقوله يحاص في الثياب وفي الديون الذي ذكرها خطأ في الرواية، وصوابه، فإنه يحاص في الثياب بالدين الذي ذكَر لقوم يعرفون، ولقوم لا يعرفون. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال في رجل أوصى فقال: ثلثي لعبد الله ومحمد وأحمد، لمحمد عشرة، ولأحمد عشرين. وسكت عن عبد الله، فلم يسم له تسمية أكثر من الوصية الأولى. قال: ينظر إلى عدة الثلث كم هو؟ فيضرب عبد الله بثلث الثلث، وأحمد ومحمد، وأحمد، لعبد الله عشرة، ولمحمد عشرين، ولأحمد ثلاثين، ضرب عبد الله بعشيرة أجزاء، ومحمد بعشرين، وأحمد بثلاثين، كان لعبد الله سدس الثلث، ولمحمد ثلث الثلث، ولأحمد نصف الثلث. وإنما ثلث الثلث إن سكت عن التسمية، بمنزلة التسمية سواء، يضرب معهم بعدة ثلث الثلث.

قلت قصر الثلث أو زاد، فعلى هذا يكون في جميع هذه الوجوه، قال: نعم. قيل له: فإن قال: ثلثي لعبد الله، ولمحمد، وأحمد، لعبد الله عشرة ولأحمد عشرة، ولمحمد عشرة. قال: هذا بينهم أثلاثاً كما هو، وليس في ذلك تفضيل، إنما هو إذا فضل بعضهم على بعضه في التسمية.

قال محمد بن رشد: هذا بيّن على ما قاله؛ لأنه قد بيّن كيف يكون الثلث بينهم بقوله: لمحمد عشرة، ولأحمد عشرين، وسكوته عن عبد الله؛ لأنه لما سكت عنه بقي على ما يجب له بقوله: ثلثي لفلان وفلان وفلان وهو ثلث الثلث. فبذلك يحاص الموصى لهما بالتسمية. وهذه المسألة تبين المسألة التي مضت في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم حسبما ذكرناه.

تم جميع كتاب الوصايا والحمد لله.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصدقات والهبات الأول

من سماع ابن القاسم من كتاب الرطب باليابس

قال سحنون: أخبرني ابن القاسم عن مالك أنه قال: من وهب لرجل لثواب، فأفلس فهو على هبته، بمنزلة من باع سلعته، إلا أنها تقوم يوم وهبها. قال سحنون: يريد بذلك: إذا أراد الغرماء حبسها ودفع القيمة إليه.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إنه إذا أفلس الموهوب له الهبة للثواب قبل دفع الثواب، فربُّ الهبة أحق بها من الغرماء؛ لأن الهبة للثواب بيع من البيوع، إلا أن يشاء الغرماء أن يدفعوا إليه قيمتها. قالَ في هذه الرواية: يوم وهبها، ومثله في رسم العتق من سماع عيسى، وفي رسم البيوع من سماع أصبغ، وفي آثار المدونة وفي الموطأ يوم قبضها، ومثله في الشفعة من المدونة. وهذا الاختلاف مبني على الاختلاف في ضمان السلعة المحتسبة بالثمن. وقد اختلف في ذلك قول مالك فعلى القول بأن ضمانها من البائع، تكون القيمة في السلعة الموهوبة يوم القبض، وعلى القول بأن ضمانها من المبتاع، تكون القيمة فيها يوم الهبة، وهو اختيار ابن القاسم. واختار ابن المواز أن تكون القيمة فيها يوم القبض، إلا أنه اعتل في ذلك بعلة غير صحيحة، فقال: لأنه بالخيار في ردها قبل أن يقبضها وهو بالخيار أيضاً في ردها بعد قبضها، ما لم تفت، فيلزم على تعليله أن تكون القيمة فيها يوم الفوْت، وهذا ما لم يقولوه، ولا يوجد لهم. وهذا على القول بأن من حقّ الواهب للثواب، أن يمسك هبته حتى يقبض عوضه كالبيع، وهو نص ما في كتاب الهبة من المدونة. وأما على القول بأنه ليس له أن يمسكها، ويلزمه دفعها، بخلاف البيع؛ لأنها مُكارَمةً، فضمانها بعقد الهبة من الموهوب له على كل حال، ولا يدخل فيها من الاختلاف ما يدخل في المحبوسة بالثمن، وتلزمه القيمة إن فاتت يوم الهبة، لا يوم القبض، باتفاق.

مسألة:

قال مالك: وإن أفلس رجل، وقد رهن سلعة اشتراها بدين، فإن صاحبها مخير بين أن يقرّها في يد المرتهن، ويحاص بثمنها الغرماء، فذلك له، وإن أحبَّ أن يفتدي

سلعته من يد المرتهن، ويحاص الغرماء بما فداها به، فعَل، والمرتهن أولى بما في يديه من الرهن، حتى يستوفي حقه، وما فضل فهو للغرماء.

قال الإمام القاضي: زاد في رسم الأقضية الأول من سماع أشهب من كتاب المديان والتفليس في هذه المسألة إنه إن افتداها من المرتهن، كان الغرماء بالخيار، إن شاؤوا دفعوا إليه، وإن شاؤوا أعطوه ثمنها، فإن أعطوه ثمنها وتركها، حاص في جميع ذلك بما افتداها به، ولا يحاص بثمنها إلا في إسلامها للمرتهن وتركها، وهي زيادة بينة؛ لأن بائع السلعة إذا أعطى ثمن سلعته، فلا حجة له عليه، وكذلك لا حجة لهم عليه في محاجته إياهم بما أهابه؛ لأنه لو لم يفتدها لكان المرتهن أحق بها، ولزمهم معهم أن يفتدوها منه بما ارتهنها به من مال الغريم، فإذا افتداها هو منه على أن يحاجهم بما افتداها به، فقد نفعهم. الحالة كلها بينة صحيحة. وقد قيل: إنه لا يضرب بما أفتك به الرهن، كافتكاك رقبة العبد الجاني، إذا كان قد باعه وجنى، وفلس المشتري قبل أن يفتكه، وهو بعيد. والفرق بينهما أن العبد الجاني لا يلزم سيده أن يفتكه بجنايته، وله أن يسلمه بها، والرهن يلزم الراهن أن يفتديه بما رهنه، وليس له أن يسلمه بذلك وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال مالك في صدقة تصدق بها على رجل من نخل أو غلة على ولده فرأى أن النساء ليس لهن فيها حق، فاقتسموها بين الذكور زماناً، ثم بلغ النساء: أن لهن فيها حقاً، فطلبن ذلك، قال: يأخذن فيما يستقبلن ولا يكون لهن فيما مضى من الغلة شيء، قال ابن القاسم: وذلك رأيي. ونزلت فرأيت ذلك، وإنما هو بمنزلة ما قال لي مالك في الدار يرثها الولد فيسكنون فيها الزمان، ثم يأتي أولاد له آخرون، لم يكونوا علموا بهم أنهم لا شيء عليهم فيما سكنوا. قال سحنون: أخبرني علي بن زياد عن مالك: أن الغُيَّب يرجعون على الحُضور بكراء حصتهم مما سكنوا، علموا أن ثم وارث غيرهم، أو لم يعلموا. أو محمل الغلة عندي محمل السكنى.

قال محمد بن رشد: قول مالك في هذه المسألة: إن النساء يأخذن فيما يستقبلن، ولا يكون لهن فيما مضى من الغلة شيء، معناه: في الصدقة المحبسة، لا في الصدقة المبذولة على ولده بأعيانهم: ذكورهم وإناثهم، وتابع ابن القاسم مالكاً رحمه الله على ما قاله في غلة الحبس، قياساً على ما قاله في السكنى في غير الحبس. والغلة في غير الحبس، مخالفة عنده وعند مالك للسكنى يجب لمن جهل حقه فيها مدةً، فلم يأخذه

أن يأخذه فيما مضى وفيما يستقبل، وذلك منصُوصٌ عليه لابن القاسم في المبسوطة وخالفت رواية علي بن زياد عن مالك، لرواية ابن القاسم في السكنى في غير الحبس، فرآهُ في رواية علي بن زياد عن مالك كالغلة في غير الحبس ورأى في رواية ابن القاسم عنه بخلاف ذلك، كالغلة في الحبس فيتفق في الغلة في غير الحبس، على أنه يأخذ حقه فيما مضى وفيما يستقبل، ويتفق أيضاً في السكنى في الحبس، على أنه لا شيء له فيما مضى، بل لا يأخذ فيما يستقبل إلا ما فضل عن الساكن؛ لأن حكم السكنى في الحبس، لا يخرج فيه أحد لأحد، ويختلف في الغلة في الحبس، وفي السكنى في غير الحبس على قولين: أحدهما لا شيء لهم في شيء من ذلك إلا فيما يستقبل، وهو قول ابن القاسم، وروايته عن مالك، والثاني إنهن يأخذن حقهن فيما مضى وفيما يستقبل، وهو الذي يأتي على رواية علي بن زياد، عن مالك في غلة الحبس، ونص قوله في السكنى في غير الحبس. والفرق على مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك، بين الحبس وغير الحبس في الغلة، هو أن الحبس إنما يقسم على الحبس عليهم بالاجتهاد ويُفضَّلُ فيه فقيرهم على غنيهم، ومن مات منهم قبل طيب الثمرة، أو قبل القسم، وإن كان ذلك بعد طيب الثمرة على الاختلاف في ذلك، سقط حقه، ورجع على بقيتهم، إذ ليس حقه فيه ثابتاً، بخلاف الملك الذي يعرف حقّ كل واحد من الأشراك فيه، ويورث عنه، طاب أو لم يطب، أبر أو لم يُعبر. والفرق على مذهبه بين السكنى والغلة، هو ما قاله في المدونة من أنه إنما سكن ولم يعلم بأخيه، ولو علم لكان في نصيبه ما يكفيه، فلم ينتفع بحظ أخيه بشيء أخذه، والغلة بخلاف ذلك. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال مالك: ومن تصدق على ولده وهو صغير، بدين كان له على أحد، ثم اقتضاه الأب بعد ذلك، فهو بمنزلة العبد، يتصدق به عليه، ثم يبيعه فالثمن للابن، ولا يكون بمنزلة الذهب إذا تصدق بها وهي في يديه، فليست للابن إذا لم يجعلها على يدي غيره.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال؛ لأن الأب يجوز لابنه الصغير ما تصدق به عليه أو وهبه من الأصول والعروض التي تعرف بأعيانها باتفاق. والأصل في ذلك قول عثمان بن عفان من نحل ولداً له صغيراً لم يبلغ أن يجوز نحله، فأعلن ذلك وأشهد عليها فهي جائزة، وأن وليها أبوه. وأما الذهب والورق، وما لا يعرف بعينه إذا غيب عليه من المكيل كله، والموزون، كان مما يوكل أو مما لا يوكل، كالحديد والرصاص

والكتان، فقيل: إنه لا يجوز الأب لابنه الصغير وإن عن له وطبع عليه بحضرة الشهود ولا تكون حيازته له، إلا أن يضعه له بيد غيره، وهو قوله في هذه الرواية وفي رسم طلق ورسم اغتسل بعد هذا من هذا السماع وروى مطرف عن مالك: أنه إذا صرها بحضرة الشهود، وختم عليها بخاتمه، ثم رفعها عن نفسه، فوجدت كذلك بعد موته، إنها جائزة ماضية لابنه، وإن لم يختم عليها الشهود، ولو ختموا عليها كان أحرى وأحسن. وهو قول ابن الماجشون، وابن نافع، والمدنيين، ومثله في الموطأ لمالك، وهو قوله فيه: إنه من نحل ابنا له صغيراً ذهباً أو ورقاً ثم هلك وهو يليه، إنه لا شيء للابن من ذلك، إلا أن يكون عزلها بعينها أو دفعها إلى رجل وضعها لابنه عنده، وللُّؤلؤ والزبرجد، بمنزلة الذهب والفضة في ذلك، إذ لا يعرف بعينه إذا غيب عليه، والدَّين حكمه حكم العَرض، فإذا وهب لابنه الصغير ديناً له على رجل، ثم اقتضاه منه بعد ذلك، فهو كما قال بمنزلة العرض، يتصدق به عليه ثم يبيعه بعد ذلك، إن الثمن يكون للابن في ماله في حياته وبعد وفاته، وجده أو لم يجده؛ لأن تنصيص العرض المتصدق به بالبيع كقبض الدين، وسواء باع العرض لابنه باسمه، أو جهل ذلك فلم يعلم أن كان باع لنفسه أو لابنه. وأما إن باع ذلك لنفسه نصاً على سبيل الرجوع فيها والبيع لها، فالبيع مردود، والصدقة جائزة. ويتبع المشتري الأب بالثمن في حياته وبعد وفاته، وجده أو لم يجده؛ لأن الصدقة قد كانت حيزت للابن، ولو كانت الصدقة داراً يسكنها الأب فباع قبل أن يرحل عنها بنفسه استرجاعاً لصدقته، واستخلاصاً لفسخ البيع إن عثر عليه في حياته، ومضت الصدقة للابن، وإن لم يعثر على ذلك حتى مات الأب بطلت الصدقة، فلم يكن للابن فيها حقّ ولا في الثمن وصح البيع للمشتري. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك: من قال: كذا وكذا من مالي صدقة على بني فلان مثل بني زهرة، ومنهم الغائب والحاضر، ومن يعرف ومن لا يعرف. قال: يقسم بين من كان منهم معروفاً من حاضر أو غائب، فإن جاء أحد بعد لك، لم يكن عرف مكانه، رَد عليه الآخرون قدر حصته.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أن بني الرجل الذين أوصى بصدقة المال عليهم، يحاط بهم لغلتهم، فهم الذين يقسم عليهم المال بالسواء، حاضرهم وغائبهم، على هذه الرواية، وأحد قولي ابن القاسم في المدونة في الذي يوصي لإخوانه وأولادهم فإن جاء بعد ذلك أحد منهم لم يعرف، رد عليه الآخرون قدر

حصته كما قال، ومن مات منهم على هذه الرواية بعد موت الموصي، كان حقه لورثته، ومن ولد منهم بعد موته لم يكن فيها حق. وقد قيل: إن الوصية تقسم عليهم بالاجتهاد، لا على السواء، فيكون لمن أدرك القسم منهم الأحق جيبها لمن مات قبل ذلك أو جهل فلم يعرف، وهو أحد قولي ابن القاسم في المدونة ورواية ابن وهب فيها. وأما إذا كان بنو فلان الذين أوصى لها لا يحاط بهم لكثْرتهم مثل بني زهرة، وبني تميم، فلا اختلاف في أنهم كالمساكين، يقسم ذلك بالاجتهاد على من أدرك القسم منهم، ولا شيء لمن غاب منهم إن أتى بعد ذلك، ففي قوله في هذه الرواية: مثل بني زهرة، نظر؛ لأن بني زهرة لا يحاط بهم لكثرة عددهم، فينبغي أن يتأول على ما يصح، فيقال: إنه لم يرد مثل بني زهرة بن كلاب بزمرة الذي ينتسب الزهريون إليه؛ لأن عددهم كثير، لا يحاط بهم، وإنما أراد، مثل أن يقول بني فلانة لامرأة تسمى زهرة. وأما إذا أوصى لبني فلان، وسماهم بأسمائهم، فلا اختلاف أنه يقسم عليهم بالسواء، حاضرهم وغائبهم. وإن غاب أحد منهم فينسى، ثم جاء، رجع على كل واحد منهم حتى يستوفي حقه، فالوجهان متفق عليهما. والوجه الثالث مختلف فيه. كما ذكرت لك. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله

حلف إلا يبيع رجلاً سلعة سماها

قال مالك: ومن وهب هبة للثواب، فمات الموهوب له، وبقي الواهب يطلب حقه، فذلك له ما لم يطل ذلك حتى يرى أنه قد تركه، وإن هلك الواهب فورثته على حقه، ما لم يطل ذلك حتى يرى أنه قد تركه.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال؛ لأن الهبة للثواب بيع من البيوع، فوجب أن يحُلَّ ورثة كلٍّ واحد من الواهب والموهوب له محله، ولا تبطل الهبة بموت الواهب، ولا حققه في الثواب؛ لأن ورثته يحلون محله في ذلك ما لم يطل، حتى يتبين أنهم قد تركوا الثواب، وكذلك أيضاً إن مات الموهوب له وبقي الواهب، فهو على حقه في العوض قبْل الورثة، ما لم يطل ذلك أيضاً حتى يرى أنه قد رضي بترك حقه في الثواب؛ لأنها هبة طريقها المُكارمة لا المُكايسة. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل حلَّى صبياً له حلياً فمات أبوه، فقال الورثة: نحن نأخذ هذا الحلي فنقتسمه ميراثاً، قال مالك: لا أرى ذلك، وأراه للصبي دونهم ومثله الصَّبَايَا.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأن الأب يحوز لبنيه الصغار، ما وهبه لهم، وما حلاهم إياه من الحلي، فقد وهبه لهم؛ لأنه بمنزلة ما كساهم من الثياب؛ لأنه مما يلبس كما يلبس الثياب. قال تعالى: ﴿أَوَمَن يُنَشَّأُ فِي الحِلْيَةِ وَهُوَ فِي الخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ﴾ [الزخرف: ١٨] فهو محمول على الهبة، إلا أن يشهد الأب أنه لم يُحَلِّهم إياها إلا على سبيل الإمتاع. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يتصدق على ابنه الصغير بالعبد، ويكتب له بذلك كتاباً، ويشهد له عليه، فيقيم العبد على ذلك ما شاء الله، السنتين أو أكثر، ثم يتبع نفس السيد العبد، فيشتريه من ابنه بثمن، ويشهد له على ذلك، ويقول قد ابتعته بكذا وكذا، فهي له عندي، ثم يموت الأب، ويطلب ذلك الغلام الثمن، أتراه له على أبيه؟ فقال لي: ما أحرى مثل هذا إذا صحَّ أن يجوز ذلك. وقال عيسى: قال لي ابن القاسم: وأنا أرى ذلك جائزاً فقال سحنون مثله.

قال محمد بن رشد: أجاز في هذه الرواية إذا تبعت نفسه العبد الذي تصدق به على ابنه أن يشتريه منه كما قال في المدونة في الجارية، وهو في الجارية أَعْذر منه في العبد، إذ قد تُعلِّق نفسه بها، فيتأذى بفراقها، فلو تصدق بالجارية على أجنبي ثم تبعتها نفسه، وتعلقت بها، لَمَا بعد أن يجوز شراؤه لها، والعبد بخلاف ذلك. فدلت هذه الرواية على أنه يجوز له أن يشتري ما تصدق به على ابنه، بخلاف الأجنبي، للشبهة التي له في مال ابنه. يقول النبي عليه السلام: " أَنْت وَمَالُكَ[1] لِأَبِيكَ ". ألا ترى أَنه قد جاز في رسم نذر سنة بعد هذا إذا تصدق على ابنه بالغنم أن يكتسي من صوفها ويأكل من لحومها، ويشرب من ألبانها، ومثله لمالك أيضاً في رسم شهد من سماع عيسى.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٦٧)، وأخرجه ابن ماجه (٢٢٨٣)، وأخرجه أحمد في مسنده (٦٥٠٢)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٤٣٥١)، وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢١٣١)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٤٤٨٣)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٤١٩٤)، وأخرجه البزار في مسنده (٣٠٥)، وأخرجه أبو بكر البزار في البحر الزخار (٤٥٥)، وأخرجه الطبراني في مسنده (٣٩٢٤)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٦١٣١)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٢٠٩٥)، وأخرجه الطبراني في المعجم الصغير (٢)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٥٧)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٩٨٨٣)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٦٣٣).

قال في رسم نذر سنة: وإذا تصدق عليه في مال ابنه بالحائط، فله أن يشكل من ثمره إذا أطعم. وقال في كتاب ابن المواز: إذا رضي ابنه بذلك، وكان كبيراً ممن يصح منه الرضا. قال ابن القاسم: ولم أرهُ يراه مثل الأجنبي، يريد أنه لا يجوز في الأجنبي أن يشتري منه شيئاً مما تصدق به عليه، ولا أن يشكل من غلته بغير شراء لنهي النبي عليه الصلاة والسلام: " المتصدقَ أن يَعُود فِي صَدقَتِهِ[1] وأن يَشتريها ". وقال في الفرس: " لا تَشتَرِه وَإنْ أَعْطَاكَهُ بدِرْهَمٍ، فَإن الْعَائِدَ فِي صَدقَتِهِ كَالْكَلب يَعود فِي قَيْئِهِ ". واختلف هل يجوَز أن يشتري من المتصدق عليه غلة مَا تصدق به عليه؟ فقيل: إن ذلك جائز، قياساً على العرايا التي أجيز المُعرى أن يشتري ما أعرف بخرصه إلى الجَداد. وكره أشهب ذلك، وهو الصواب؛ لأن العرايا هي نفس ما أعرى فإنما جاز شراؤها للمعري، للسُّنةِ القائمة فيها، ولأنها هبة ليست بصدقة، فلا يصح قياس شراء غلة الصدقة، على شراء ثمر العرية، ويجوز شراء غلة الصدقة، من غير الذي تصدق به عليه، دون خلاف أذكره في ذلك. واختلف هل يجوز شِراء أصل الصدقة من غير الذي تصدق عليه؟ ففي المدونة إن ذلك لا يجوز، وروي ابن وهب عن مالك، أنه لا بأس بذلك، وأما قوله في ثمن العبد الذي تصدق به على ابنه ثم اشتراه منه فمات، ما أحراه أن يجوز إذا صح، فصحة ذلك تبين بأن يتصدق بالعبد عليه، ثم يشتريه منه بعد مدة، فيعلم أنه شراء صحيح بعد صدقة متقدمة؛ لأنه إن تصدق عليه بالعبد ثم اشتراه منه في فوره ذلك اتّهم على أنه لم يتصدق عليه بالعبد، وإنما أراد أن يكتب له على نفسه ديناً يأخذه بعد موته،

---

(١) أخرجه البخاري (١٤٠٢)، وأخرجه مسلم (٣٠٥٦)، وأخرجه الترمذي (٣٧٢٣)، وأخرجه أبو داود (٣٩٣٣)، وأخرجه النسائي في سننه (٣٦٥٢)، وأخرجه ابن ماجه (١٧٨٥)، وأخرجه الدارمي في سننه (١٥٩٧)، وأخرجه مالك في الموطأ (٦١٧)، وأخرجه أحمد في مسنده (٢٥٣٧٨)، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٣١٠٢)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٢٣٢)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (١٤٤٥)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٢٣٨٣)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٣٨٧٣)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧١٦٥)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٢٠٦٨)، وأخرجه البزار في مسنده (١٣٥)، وأخرجه الطبراني في مسنده (٣٢٦٣)، وأخرجه الجوهري في مسنده (٢٣٦)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٧٤٤٩)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢١١٠٧)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٤٠٢)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٠٥٦٦)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (١٦٩٩)، وأخرجه ابن حزم في المحلى بالآثار (١٣٣٨)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٠٤٠).

فتحوَّل لجواز ذلك بإظهار الصدقة، ويحتاج أيضاً إلى معرفة السداس للابن، كي لا يشتريه منه بأقل من قيمته؛ لأن الأمر فيما بينه وبينه، فهو فيه محمول على غير السداد، بخلاف ما بيع له، ويشتري من غيره، وذلك بين من قول ابن القاسم في كتاب الجعل والتجارة من المدونة وفي رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب النكاح؛ لأنه شرط في شراء الأب لنفسه الرأس يساق إلى ابنته البكر في صداقها أن يكون الشراء صحيحاً بينة وأمر معروف. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله شك في طوافه

وسئل مالك عن الرجل يعطي الشيء يوصل به، يستحب في أخذه أم تركه؟ قال بل تركه أفضل له إن كان عنه غنياً إلا أن يخشى الهلاك، ويكون محتاجاً، فلا أرى بذلك بأساً.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: إن الأفضل له الأولى به أن لا يأخذه وأن يتركه إذا لم يكن إليه محتاجاً لقول النبي عليه السلام: " إن خَيْراً لِأَحَدِكمْ أَن لا يَأْخُذَ مِنْ أَحَدٍ شَيْئاً، قيلَ: ولا مِنْكَ يَا رَسُولَ الله. قَالَ: ولا مني ".

ومن كتاب البر

وسئل مالك عن امرأة جعلت خلخالين لها في سبيل الله إن شفاها الله من مرض مرضته، فبرأت فأرادت أن تحبسهما فتخرج قيمتهما فتجعلها في سبيل الله، فكره ذلك، وقال: لا أحبه. قال سحنون: إنما يكرهُ هذا من أجل الرجوع في الصدقة.

قال محمد بن رشد: لمالك في رسم القبلة من سماع ابن القاسم من كتاب النذور، فيمن قال لشيء من ماله، دابة أو عبداً أهديك، إنه مخير في ثمنه أو قيمته، فذهب بعض أهل النظر، إلى أن ذلك مخالف لهذه الرواية، ولما في المدونة من أنه إن أهدى عبده يخرج بثمنه هدايا؛ لأن الظاهر منه أنه لا يجوز له أن يمسكه، ويخرج قيمته من أجل الرجوع في الصدقة كما قال في هذه الرواية.

والذي أقول به: إنه لا اختلاف في شيء من ذلك، وإنما اختلف الجواب في ذلك لافتراق المعاني. فإذا أودى ما أهدى بعينه، أو جعل في السبيل ما ينتفع به فيه بعينه، لم يجز أن يمسكه ويخرج قيمته، وإذا أهدى ما لا يهدى بعينه، وإنما سبيله أن يباع ويشترى بثمنه هدي، جاز أن يمسكه ويخرج قيمته، وإذا جعل في السبيل ما لا ينتفع بعينه فيه، وهو يمكنه أن يدفعه كما هو لمن يبيعه وينفقه في السبيل، كره له أن يمسكه

ويخرج قيمته من ناحية الرجوع في الصدقة، ولم ير ذلك حراما إذ ينتفع به الذي أعطيه في السبيل بعينه ولا بد له من بيعه.

مسألة:

وسئل عن الرجل يحمل الرجل على الفرس في سبيل الله، فيستعيره منه فيركبه في حاجته والشيء القريب، قال: لا أُحب ذلك. وقال مالك: قد وهب ابن عمر ناقة له لابن ابنه: ابنِ وافد فأخذها وركبها فصرع عنها وقال: ما كنت لأصفع مثل هذا.

قال محمد بن رشد: لا اختلاف فيمن تصدق في شيء أنه لا يجوز له أن يأكل شيئاً من غلته، حسبما مضى القول فيه في رسم حلف. وأرى هذا أحق لأن ركوبه في الشيء الخفيف، لا ينقص منفعته شيئاً في الجهاد، بل قد يكون ركوبه أنفع له من وقوفه، ولذلك قال: لا أحب ذلك، ولم يحرمه، بخلاف غلة ما تصدق به لأن الغرض في التصديق بما له غلة، الغلة لا ما وسواها، وكراهية ابن عمر لركوبه الناقة التي وهبها لابن ابنه ابن وافد، تفرغ منه؛ لأن النهي إنما جاء في الصدقة لا في الهبة، إلا أن تكون الهبة لفقير على وجه صلة الرحم، فيكون بمعنى الصدقة وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله

الشجرة تطعم بطنين في السنة

وسئل عن الرجل يلي صدقة يقسمها، فهو يعلم أهل بيت يتامى صغاراً ولا يعلم غيرهم ما يعلم منهم من الحاجة أفترى أن يجري عليهم من ذلك ما يكفيهم؟ قال مالك: ليس من شأن الذي يفرق الصدقة أن يجري الصدقة على أحد، وليس هذا من أعمال الناس، فرددت عليه فكأنه لم يعجبه ذلك.

قال محمد بن رشد: كره ذلك لمخالفة ما جرى عليه عمل الناس. والمعنى في كراهة ذلك بين، وهو أنه إنما جعل إليه القسمة والتنفيذ، فلا ينبغي له أن يمسك عند نفسه من ذلك شيئاً يجريه على أهله بيت يعرف حاجتهم، فيكون متعدياً يلزمه ضمان ذلك إن تلف عنده، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل وَلَّى ابنه حائطاً اشتراه منذ زمان بثمن يسير، وثمنه اليوم كثير وله ولد غيره، أترى ذلك جائزاً؟ فقال: إن أجازه له فهو جائز.

ومن كتاب داود قال عيسى بن دينار

سئل ابن القاسم عن الرجل يبيع من ولده الصغير الأرض بعشرة دنانير وهي ثمن مائة دينار ولا تزال في يدي الأب حتى يموت، هل يحمل محمل البيع أو محمل الصدقة فيما زاد على ثمن العشرة دنانير؟ فقال: إن كانت لم تزل في يدي أبيه حتى مات، فأراها موروثة، ولا أرى للولد إلا العشرة.

قال محمد بن رشد: قوله: وثمنه اليوم كثير، يريد يوم التولية، لا يوم قيم على الابن فيه بعد موت الأب، ولو ولاهُ إياه يوم اشتراه، ثم زادت قيمته بعد ذلك، لكانت تولية صحيحة، لا تفتقر إلى حيازة. وقول ابن القاسم في رواية عيسى عنه من كتاب داود خلاف قول مالك، إذ لا فرق بين التولية والبيع في أن ذلك يجوز إن كان بالقيمة، ولا يفتقر إلى حيازة، وفي أن ذلك لا يجوز إن كان بأقل من القيمة بمائتين، فيه المحاباة، إلا أنهما اختلفا هل يحمل محمل الهبة؟ فيجوز إن جازها له الأب أو لا يحمل محمل الهبة، فتبطل، ولا يصح له بحيازة الأب إذا لم يسمِّها هبة، وإنما أراد بذلك التوليج؟ فقال مالك: إنما تصح بحيازة الأب، وهو قول مطرف وابن الماجشون وأصبغ في الواضحة، وقال ابن القاسم: إنها لا تصح له بحيازة الأب، وهو قول أصبغ في سماعه الواقع في آخر الكتاب بعد سماع أبي زيد، خلاف قوله وقول مطرف وابن الماجشون في الواضحة وقول مالك في هذه الرواية، فإذا لم يجز ذلك للابن إن لم يجزها له الأب على قول مالك، أو لم يجز له على قول ابن القاسم، وإن جازها له، فاختلف ما يكون للابن بالعشرة، فقال ابن القاسم في هذه الرواية: إن الدار تكون موروثة، ولا تكون للولد إلا العشرة، ومعناه: إذا لم يجز الورثة ذلك. وقيل: إن الورثة إذا لم يجيزوا ذلك، يكون للولد من الدار بقدر العشرة عشرها إن كانت قيمتها مائة، أو أقل من ذلك أو أكثر، على هذا المثال. وقد قيل: إذا لم يجز للورثة، يخيرُ المشتري إن كان مالكاً الأمر نفسه، أو الناظر له، إن كان صغيراً، بين أن يزيد بقيمة الثمن ويأخذ جميع الدار، وبين أن يأخذ منها بما نقد. والثلاثة الأقوال تتخرج على الاختلاف في مسألة من باع في مرضه داراً لمحاباة لا يحملها ثلثه. وقد مضى بيان ذلك في سماع سحنون من كتاب الشفعة، وفي آخر سماع أبي زيد من كتاب المديان والتفليس. وعلى قياس ما في هذه الرواية لمالك وابن القاسم، قال ابن القاسم في سماع عيسى بن عاصم عنه، في الرجل يشهد في صحته أنه قد باع منزله هذا من امرأته أو ابنه أو وارثه

بمال عظيم، ولم ير أحد من الشهود الثمن، ولم تزل الأرض بيد البائع إلى أن مات: إن البيع لا يجوز، إذ ليس ببيع، إنما هو توليج وخدعة، ووصية الوارث.

مسألة:

وسئل عن رجل حضرته الوفاة، فاستوعب امرأتين له ميراثهما منه، ففعلتا ووهبتا له ذلك، فلم يقض فيه بشيء حتى مات، فلمن تراه أللورثة أم للمرأتين؟ قال: أراه للمرأتين مردود عليهما، وما يعجبني للرجل أن يفعل مثل هذا. يسأل امرأته أن تهب له غير ما بها.

قال محمد بن رشد: هذا من قول مالك مثل ماله في الموطأ سواء، وهو بيّن في المعنى؛ لأنهما إذا وهبتاه ميراثهما منه، الغرض فيه، إنما هو أن يصرفه إلى من يحب من ورثتهم سواهما أو غيرهم إذ لا حاجة به إلى ميراثهما منه سوى ذلك، فإذا لم يقض فيه بشيء حتى مات كان مردوداً عليهما كما قال، بمنزلة ما لو استأذن ورثته أن يوصي لبعض ورثته، بأكثر من ثلثه، فأذنوا له بذلك، فلم يعمل حتى مات، لم يلزمهم فيما أذنوا له فيه شيء.

وقد مضى في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الشهادات القول مستوفىً في هبة الوارث ميراثه في مرض الموروث أو في صحته، وسيأتي ذلك أيضاً في رسم نفذها من سماع عيسى من هذا الكتاب، وفي رسم الأقضية والحبس من سماع أصبغ منه إن شاء الله.

مسألة:

وسئل عن الرجل يتصدق بماله كله على بعض ولده دون بعضه، قال مالك: لا أرى ذلك جائزاً قيل له: فالرجل يتصدق بالدار على بعض ولده دون بعض، وهو جلّ ماله، ويخرُج منها، ويدفعها إليه. قال: لا بأس بذلك، وغيره أحسن منه. قال سحنون: إذا كان تصدق جلّ ماله، واستبقى اليسير، فلم يكن فيما يستبقي من ماله ما يكفيه، ردت صدقته، وإن أبقى من ماله ما فيه قُوت له، رأيته صدقة ماضية. قال ابن القاسم وأنا أكره أن يعمل به أحد، فإن تصدق به وحيز منه وقبض، لم يره بقضاء، يريد الذي تصدق بماله كله.

قال محمد بن رشد: قول مالك في الذي يتصدق بماله كله على بعض ولده دون بعض: لا أرى ذلك جائزاً معناه: ويرد بالقضاء، فهو ظاهر قوله، ولم يحقق ذلك من مذهبه في رسم الأقضية الثانية من سماع أشهب.

فقال: إن ذلك: ليقال. ولقد قضى به في المدينة، وقول سحنون، مفسد لقول مالك؛ لأنه إذا لم يستبق من ماله ما يكفيه، فهو بمنزلة إذا تصدق بماله جميعه، ولم ير ابن القاسم إذا تصدق بجميع ماله على بعض ولده أن برد ذلك بقضاء. والأصل في هذه المسألة حديث النعمان ابنِ بَشِيرٍ: " أَن أَبَاهُ بَشيراً أَتى بِهِ إِلَى رَسُولِ الله صَلى الله عَلَيْهِ وَسلّم فقال: إنني نَحَلْتُ ابْنِي[1] هَذا غُلَاماً كَانَ لِي، فَقَالَ رَسُولُ الله صلى اللهُ عَلَيْهِ وسلّمْ: كُل وَلَد نَحَلْتَهُ؟ مِثْلَ هَذَا فَقَال: لا فَقَالَ رَسُولُ الله صلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلّمَ: فَارْتَجِعْهُ ". فحمل مالك الأمر بالارتجاع في الحديث على الوجوب، وتأوله على أنه لم يكن له مال غيره، وحمله ابن القاسم على العموم، فيمن خصَّ بعض بنيه ببعض ماله أو جميعه، وتحوله على الندب وهو أظهر؛ لأنه لم يقل صلى الله عليه وسلم: أن ذلك لا يجوز لك، وإنما أمره بالارتجاع لما كره له من تفضيل بعض ولده على بعض، مخافة أن يكون ذلك سبباً إلى أن يَعُقه مَن حَرمه عطيتَه، وأما إذا أعطى بعض ولده دون بعض ماله، وإن كان جله، وأبقى لنفسه بعضه، فلا اختلاف في المذهب، ولا بين فقهاء الأمصار: مالك، والشافعي، وأبي حنيفة في أن ذلك جائز، إلا أنه مكروه لما جاء من الأمر بين أن يعدل الرجل بين ولده في العطية، فقد ذكر بعضُ الرواة في الحديث: " إن لَهُمْ عَلَيْكَ مِنَ الحقّ أَنْ تَعْدِلَ بَيْنَهُمْ كَمَا أَنا لَكَ عَلَيْهِم مِنَ الحقّ أَن يَبَرُّوك[2] " وذكر بعضهم فيه أنه قال له: " أَعْطَيْتَ سَائِرَ وَلَدِكَ مِثْلَ هَذَا؟ قَالَ: لا قالَ: فاتَّقُوا الله وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلادِكُم ". قال: فرجع فرد عطيته، فليس في هذا الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره برد عطيته، وإنما فيه أنه فعل ذلك لقوا أمره به رسول الله صلى الله عليه

(١) أخرجه البخاري (٢٤١٠)، وأخرجه مسلم (٣٠٦١)، وأخرجه أبو داود (٣٠٧٩)، وأخرجه النسائي في سننه (٣٦٣٥)، وأخرجه مالك في الموطأ (١٤١٦)، وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٠٠٤)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٢٠٨)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٦٢٨١)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١١١٠٢)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٣١٦)، وأخرجه الطبراني في مسنده (٣٠٠٥)، وأخرجه الجوهري في مسنده (٦٢)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٦٠٠٦)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٣٩٠)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢٠٣٤٤)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢٢٠٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٠٧٩)، وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٠٠٤)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١١٠٩٢)، وأخرجه البزار في مسنده (٢٨٠٦)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢٠٣٤٤).

وسلم بالعدل بين أولاده، وقد يحتمل أن يكون رذل عطيته- إياه امتثالا لِما أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم من ردها على ما جاء في حديث مالك، وفي بعض الآثار، أن رَسُولَ الله صلى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّمَ قَالَ لَهُ: " أَشْهِدْ عَلَى هَذَا غَيْري فَإِنّي لا أَشْهَد عَلَى جَوْرٍ[1] ". مكروه فَتَرك الرجل العدل بين بنيه في عطْيته إياهم جورٌ مكروهٌ غير حرام، ومن أهل العلم من ذهب إلى أنه لا يجوز لأحد أن يفضل بعض ولده على بعض في العطية، فإن فعل لم ينفذ وفسخ، وهو قول طاوس، ورُوي مثلُه عن أحمد بن حنبل، وبه قال أهل الظاهر وحجتهم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "ارْتَجِعْه". وقوله فَارْدُدْهُ وقد اختلف في صفة عدل الرجل بين بنيه في العطية إذا كان فيهم ذكر وأنثى فقيل: على السواء، وإلى هذا ذهب ابن القصار، وهو قول داود، وأهل الظاهر، وسفيان الثوري ابن المبارك. قال: ألا ترى أنه قد روى عن النبي عليه السلام أنه قال: " سَوُّوا بَيْن[2] أَوْلادِكمْ فَلَوْ كُنْتُ مُؤَثِّراً أحداً أثْرت النساءَ عَلَى الرِّجَالِ ". وبدليل ما جاء في الحديث من قوله " أَيَسُرُكَ أَنْ[3] يَكُونوا لَكَ فِي الْبِرِّ سَوَاءٌ؟ قَالَ: نَعَمْ. قالَ فَاعْدِلْ بَيْنَهُمْ ". ولا يراد من الذي كر من البر إلا ما يراد من الأنثى وقيل: العدل بينهم، أن يعطى للذكر مثل ما يعطى للأنثى قياساً على الميراث، وإلى هذا ذهب ابن شعبان، وهو مذهب جماعة من السلف، منهم عطاء وأحمد، وإسحاق، واختاره بعض المتأخرين، من أجل أن الثلث هو حظ الأنثى من ذلك المال لو بقي في يد الأب حتى يموت، فقد عجل قسمته بينهم. والله الموفق.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤٧٠)، وأخرجه مسلم (٣٠٦٦)، وأخرجه النسائي في سننه (٣٦٤٠)، وأخرجه أحمد في مسنده (١٧٩٩٨)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٢١١)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٦٢٩٠)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٦٠٩)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١١٠٩١)، وأخرجه البزار في مسنده (٢٨٠٦)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٠٣٥٠)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٦٢١).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١١٠٩٥)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١١٨٣٧).

(٣) أخرجه البخاري (١٦٧٢)، وأخرجه مسلم (٢٠٢٤)، وأخرجه أبو داود (١٣٤٠)، وأخرجه النسائي في سننه (٢٤٤٤)، وأخرجه أحمد في مسنده (٧٨٠٦)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٦٢٢٢)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٤٦٨٣)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٢٢٤٦)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦٩٨٤)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٩٩٧٣).

ومن كتاب أوله حلف بطلاق امرأته

قال: وسئل مالك عن الذي يهب الهبة فيثاب منها، ثم يقوم بعد ذلك فيقول: ليس هذا ثواب هبتي فقال: لهذا وجوه. أما الذي يقال له: هذا ثوابك فأخذه فلا أرى له شيئاً، وأما الرجل يبعث إلى الرجل بالذهب أو غير ذلك، لا يكون فيها قدر مثوبته ثم يقوم يطلب ذلك ويقول لم توفني واستأنيت بك في ذلك، وظننت أنك إنما أردت أن تبعث بالشيء بعد فإن ذلك له.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله من الفرق بين أن يقول له: هذا ثوبُك، فيأخذه ويذهب، ثم يأتي بعد ذلك يطلب منه زيادة في الثواب على ما أعطاه، وبين أن يبعث إليه بالشيء فيأخذه ثم يأتي فيطلب منه زيادة على ما بعث إليه به، وهذا إذا كان الذي بعث به إليه، أقل من قيمة الهبة، وأما إن كان أقل من قيمتها أو أكثر، فلا كلام له على مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك، قائمة كانت الهبة أو فائتة. وأما على قول مطرف وروايته عن مالك، وظاهر قول عمر بن الخطاب في أن من حقّ الواهب أن يأخذ هبته ما لم يرض منها، فسواء كان الذي بعث إليه أقل من قيمتهما أو أكثر من قيمتهما له أن يأخذ هبته، إن كانت قائمة، إلا أن يزيد على ما بعث به إليه ما يرضى به. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله طلق بن حبيب

وسئل مالك عن رجل تصدق على ابن له صغير، بمائة من غنمه، ومائة دينار من ماله، فلم يفرز الغنم بأعيانها، ولا الذهب، إلا أنه أشهد له بها وهو صغير في حجره يليه، قال: إن كان رسم الغنم أو عرفت بأعيانها، فأشهد له على غنم، رأيتها جائزة، وإن لم يكن رسمها ولم يشهد على غنم بأعيانها لم أر له فيها صدقة وارثها كلها مال الوارث، والذهب كذلك، لا أرى له فيها شيئاً إلا أن يكون أفرزها له، وإلا فلا شيء له. وقال في معرفة الغنم بأعيانها: إن أهل البادية ليسمُون الإبل والغنم، كما تسمى أهل مصر الخيل، ينسبونها، فإن كان سماها وعرفت، جازت، وإلا لم أراها جائزة. قال ابن القاسم: فأما الدنانير فإنها لا تجوز وإن طبع عليها حتى يدفعها إلى غيره، ويخرجها عن ملكه، وإلا لم تجز، وإن طبع عليها وهي في ملكه حتى يدفعها إلى غيره، ويخرجها عن ملكه، وكذلك قال لي مالك في الدنانير.

قال محمد بن رشد: قول مالك هذا في الذي تصدق على ابنه الصغير بعده من

غنمه أو خيله، إن حيازتها له لا تجوز، إلا أن يعينها باسم أو اسمه، بخلاف الجزء المشاع، هو الذي رجع إليه. وقد كان أولاً يرى حيازته إياها له جائزة، وإن لم يسمها ولا وسهما ولا قسمها كالجزء المشاع؛ لأن الحكم يوجب له الشركة فيها بما يقع العدد المتصدق به من جميعها. وقَع اختلاف قول مالك في ذلك في رسم البيوع من سماع أصبغ، وأصبغ لا يجيز حيازته له في الجزء المشاع، إلا في العدد المسمى دون أن يعين في ثلاثة أقوال في المسألة.

وقد مضى بيان ذلك في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الحبس. وأما قوله في الذهب: إنه لا شيء لابن فيها إلا أن يكون أفرزها له، فهو خلاف قول ابن القاسم بعد ذلك، وروايته عنة أنها لا تجوز، وإن طبع عليها حتى يدفعها إلى غيره، ويخرجها من ملكه، مثل قوله في الموطأ ومثل رواية مطرف عنه وقول ابن الماجشون، وابن نافع، والمدنيين، حسبما مضى بيناه في أول رسم من السماع وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن مالك امرأة حضرتها الوفاة فتصدقت بمهرٍ كان لها على زوجها على ولد لزوجها من غيرها، هل ترى ذلك يجوز؟ قال: نعم، إنما هو كغيره من مالها، يجوز لها ذلك، فقيل له: إن قوماً يقولون: إنما هو توليج، قال: لا ذلك جائز.

قال محمد بن رشد: تكررت هذه المسألة مع نظائر لها كثيرة، كالرجل يوصي لأم ولده، ولد منها وولد من غيرها، أو المرأة توصي لابن زوجها ولأبويه أو لإخوته أو لأخواته، أو لقرابته، أو لإخوانه المصابين له ممن يخشى أن يكون إنما أوصت إليه ليرد ذلك على زوجها، فقال في ذلك كله: أن الوصية جائزة، ولا ترد الوصايا بالظن. قال أصبغ: وإن طلب الورثة أن يحلفوا الموصى له إن الوصية إليه، لم يكن توليجاً ليرد ذلك على زوجها لم يكن ذلك لهم، واليمين في هذا يمين تهمته، فقول أصبغ: إنه لا يمين عليه، هو على القول بأن يمين التهمة لا يلحق دون تحقيق الدعوى ولو حققوا الدعوى عليه للحقته اليمين، قولاً واحداً.

مسألة:

وسئل مالك عن امرأة وهبت لابن لها ولابنة لها صغيرين، عشرة دنانير، فتاجر لهما فيها أبوهما وأراد سفراً، أفترى أن يكتب لهما بذلك كتاباً ويكتبها لهما في وصية؟ قال: بل أَرى أَن يكتب لهما بذلك كتاباً ويصفها من سبب ما كانت وكيف كانت قصتها. قيل له: إن قوماً قالوا: لا يجوز ذلك قال: بل فليكتب لهما كتاباً على ما قلت.

قال محمد بن رشد: قوله: فتاجر لهما فيها أبوهما، معناه: فصارت بربحها أكثر من عشر دنانير وقوله: أفترى أن يكتب لهما بذلك كتاباً أو يكتبها لهما في وصية، معناه: أفترى أن يكتب لهما بذلك كتاباً يدفعه إليهما تكون وثيقة بأيديهما أو يجتزىء في ذلك بأن يكتب ذلك لهما في وصية على سبيل الإقرار لهما بالدين، لا على سبيل العطية والوصية؟ فرأى الأحسن الأمر أن يكتب لهما بذلك كتاباً يكون بأيديهما وثيقة لهما، يقومان في حياته إذا بلغا، إن شاء؛ لأنه إن كتب ذلك لهما في وصيته، وأشهد عليها وأبقاها عند نفسه، كان آمناً من أن يقوما عليه في ذلك في حياته، فيضعف إقراره لهما بذلك، إذ قد قيل: إن من أقرب لوارثه بدين في صحته، فلم يقم به عليه حتى مات: إنه باطل؛ لأنه يتهم أن يكون أقرّ له بدين يأخذه بعد موته من رأس ماله، وحكم لإقراره لهما بالدين عند إرادته السفر، بحكم الصحة. وقد اختلف في ذلك. حكم له ابن القاسم في رسم نذر سنة من سماعه من كتاب الوصايا بحكم المرض، وروى ذلك عن مالك، وقاله أصبغ، فحكم به بحكم الصحة، ورواه عن ابن وهب: ولابن القاسم مثل ذلك في سماع عبد الملك من كتاب الوصايا فعلى القول بأنه يحكم للسفر بحكم المرض، إن كتب لها بذلك كتاباً فمات في سفره ذلك، لم يكن لهما شيء ممَّا كتبه لهما. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن إطعام الطعام، أهو أفضل، أم الصدقة بالدراهم؟ فقال: كل ذلك حسن، ولم أره يفضل أحدهما على صاحبه.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال إنه لا يفضل أحدهما على صاحبه في الجملة، إذ قد يكون كل واحد منهما أفضل من صاحبه.، باختلاف أحوال الأعيان والأزمان، فإذا علم أن الرجل غير محتاج إلى الطعام ومحتاج إلى ما سوى ذلك، من كسوة وغيرها، فالصدقة عليه بالدراهم أفضل، وإذا علمت أنه محتاج إلى الطعام فاستغنى في ذلك الوقت عما سواه، فإطعامه الطعام أفضل، وإذا لم يعلم إلى أيهما هو أحوج لم يفضل أحد الوجهين في حقه على الآخر كما قال مالك، فهذا هو الوجه الذي تكلم عليه والله أعلم. فإن وافق في غيب الأمر الوجه الذي هو إليه أحوج، كان أجره فيه أعظم، وإن لم يعلم هو ذلك، وإن كان من الشدة والمسغبة فإطعام الطعام فيه أفضل، وإذا كان زمن الرخاء والسعة، فالتصدق فيه بالدرهم أفضل. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن الرجل يمرض فيجعل لله عليه الشيء يتصدق به إن شفاه الله، فيعافى وله أقارب وموالي محتاجون، أفترى أن يعطيهم مثل ما يعطي غيرهم؟ قال: أرى أن يعطيهم ويقل لهم، ويعطي غيرهم أكثر، وإني إنما أخاف ذلك خوفاً أن يجهر له، ولْيستتِرْ بذلك، فإن السرَّ ليس كغيره. وهذا إذا أعطاهم لا أحب ذلك بموضع الحبّ والثناء وغيره ممن لا يستتريه، لا يعرفه، فالسر أعجب إلي، قيل له: أفلا ترى أن يعطيهم؟ قال: أرى ألا يكثر لهم، ولْيستتِرْ بذلك ما استطاع. ولقد رأيت رجلاً من أهل مصر، وهو يسأل ربيعة عن ذلك ويقول: إني لا أحب أن أرى رائحاً إلى المسجد، فكأنه أنكر ذلك من قوله، ولم يعجبه أن يُحبَّ أحدٌ أن يُرى في شيء من أعمال الخير. وقلت له: وما ترى في التهجير إلى المسجد قبل الظهر؟ قال ما زال الصالحون يهجرون، وإن صلاة الرجل في بيته من النافلة أفضل منها في جماعة الناس، وهو أعلم بنيته، حتى لا يبالي مما أحسنه إن أحب، والسر أفضل من ذلك قال الله تبارك وتعالى: ﴿إِن تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِن تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ [البقرة آية: ٢٧١]. وفي الحديث: " أَفْضَلُ الصَّلاةِ صَلاتُكُمْ فِي بُيُوتِكُم إلا الْمَكْتُوبَةَ وأَفْضَلُ الصَّدَقَةِ صَدَقَةُ السِّرِ "(١).

محمد بن رشد: قوله في الذي نذر الصقة؛ لأنه يؤثر قرابته ومواليه بها، وإن كانوا محتاجين على سواهم، بل يؤثر سواهم عليهم، ولا يكثر لهم في العطية، مخافة ما

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥٨٨)، وأخرجه مسلم (١٣٦٤)، وأخرجه الترمذي (٣٥٣)، وأخرجه أبو داود (٣٦١)، وأخرجه النسائي في سننه (٦٨٤)، وأخرجه ابن ماجه (١٣٦٨)، وأخرجه الدارمي في سننه (١٤٥١)، وأخرجه أحمد في مسنده (٦٢٥٦)، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه (١٩٥٠)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (١٥٠٩)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٦٣٣)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٢٨٥٩)، وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢١٤٠)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٨٣٦)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧٧٨١)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٦٦٥)، وأخرجه البزار في مسنده (٢٦٢٧)، وأخرجه أبو بكر البزار في البحر الزخار (٢٥٨٥)، وأخرجه الطبراني في مسنده (٢٨٧٩)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (٢١٤٦)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٦٢٠٨)، وأخرجه معمر بن راشد الأزدي في الجامع (٩٠٩)، وأخرجه الطبراني في المعجم الصغير (٤٥٦)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٦٥٩١)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢٠٧٦٢)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٣٣٢١)، وأخرجه ابن حزم في المحلى بالآثار (٢٩٧).

يدخله من الحمد والثناء، ويستمر بذلك ما استطاع هو نحو قوله في المدونة في الزكاة: إنه يكون له أن يعطيها لقرابته، وأن يلبي هو دفعها إليهم بوضع الحمد والثناء، فهو يكره ذلك لهذا الوجه، أو لئلا يقطع بذلك عنهم ما كانوا يرجون له من الصلة التي عودهم إياها. وقد روى عن مالك إجارة ذلك، وقال به جماعة من أهل العلم إذا لم يكونوا في نفقته، فإن كانوا في نفقته، فلا يعطيهم، فإن فعل أجزأت، إذا لم يقطع بذلك نفقة عنهم عن نفسه فإن قطع بذلك نفقتهم عن نفسه، لم تجزه زكاته؛ لأنه قد انتفع بها فيما أسقط عن نفسه من نفقتهم بسببها، وإن لم تكن واجبة عليه وكراهية ربيعة للرجل أن يحب أن يرى في شيء من أعمال الناس البر، خلاف قول مالك في رسم العقول من سماع أشهب، من كتاب الصلاة: إنه لا بأس بذلك إذا كان أوله لله، وهو الصحيح إن شاء الله لأنه مما لا يستطاع التخلص منه. والدليل على إجازة ذلك إن شاء الله مَا رُوِيَ عَنْ مُعَاذ بْنِ جَبَلٍ أَنَهُ قَالَ يَا رَسُولَ الله: " إِنَّهُ لَيَسَ مِنْ بَنِي سَلَمَةَ إلاَّ مُقَاتِلٌ، فَمِنْهُم مَنْ يُقَاتِلُ طَبيعتَهُ مِنْهُم مَنْ يُقَاتِلُ رِياءً[١] وَمِنْهُم مَن يُقَاتِلُ احْتِسَاباً فَأَيُّ هَؤُلاءِ الشَهِيدُ مِنْ أن أَهْلِ الْجَنةِ؟ فَقَالَ: يَا معَاذ، مَنْ قَاتَلَ عَلَى شَيْءٍ مِنْ هَذِهِ الخِصَالِ أصل أمره أَنْ تكونَ كَلِمَة اللهِ هِيَ الْعُلْيَا فَقُتِلَ فَهُوَ شَهِيد مِنْ أَهْلِ الْجَنةِ ". وهذا نص في موضع الخلاف. وأما قوله في التهجير إلى المسجد قبل الظهر ما زَالَ الصالحونَ يُهجرونَ، وإن صَلاَةَ الرجلِ فِي بَيْتِهِ النافلة أفضل منها في جماعة الناس، وهو أعلم بنيته إن صحت في ذلك نيته حتى لا يبالي مما أحسنه إن أحب، فالمعنى في ذلك أنه في النهار، قد يشتغل باله في صلاته في بيته بينه وبين أهله، فيكون باله في المسجد أفرغ فإذا هجر قبل الظهر إلى المسجد ليصلي فيه متفرغ البال، لا يرى مكانه فيه، يحمد بذلك، ويثني عليه من أجله، فهو حسن كما قال، ولذلك كان الصالحون يفعلونه، وأما في الليلة، ففي البيت أفضل؛ لأنه لفعله أستر، وبالُه فيه فارغ بهذا وأهله وبنوه في النوم.

ومن كتاب أوله

أخذ يشرب خمراً

قال وسُئِل مالك عن امرأة ورثت من ابنة لها سدس دارٍ لها وأنها تصدقت به على ابن ابنها وهي مريضة، وأن ابناً لها أشهد أني لا أُجيز ذلك، وإنما يمنعني أن أكلمها في

---

(١) أخرجه البزار في مسنده (٢٦٢٣).

ذلك، كراهية سخطها وأن ابنها قاسم عمه المنزل، وجاوره وأدركه قبله، فضلاً وأخذه منه، ولم تزل المرأة ساكنة في المسكن حتى ماتت، إلا أن ابن ابنها قد جاور عمه ورد إليه فضل ما أصاب، وكانت تلك الصدقة جلّ ماتركت، أو لم تترك شيئاً غيرها؟ لأمال لها، فيخرج في ثلثها. قال مالك: أراها جائزة قد جاور عمه وقاسمه وأخذ منه فضلاً، فلا أرى هذا إلا إذْناً منه، فقيل: إنه قد أشهد في ذلك، إنما يترك الكلام خوفاً من سخط أمه، فقال: ما أرى في ذلك ينفعه، فقيل له: إنها لم تزل ساكنة فيه، قال: وإن أليس قد جاوز؟ قال: بلى. قال: فقد جاز ذلك، يقاسم ويأخذ الفضل ويمنعها الوصية، حتى إذا ماتت، قال: أريد أن أردت، قال: ما أرى ذلك له، ولو أنها علمت به أن يرده لأوصت في ثلثه، ولكنه قد سلم. حين جاوز وقاسم، وأخذ الفضل وإن لم يتكلم فأراها جائزة لابن ابنها.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة، قد ذكر مالك وجه قوله فيها بما يزيد عليه. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل لقي رجلاً فقال: إنه بلغني أنك شتمتني، فقال: ما فعلت، قال: فاحلف لي ولك كذا وكذا هبة وكرامة مني، فحلف له، أترى أن الهبة تلزمه؟ قال: نعم أرى ذلك يلزمه.

قال محمد بن رشد: حكى ابن حبيب في الواضحة عن أصبغ، أنه ترك قول ابن القاسم في إجازة الجعل فيها، لا منفعة فيه للجاعل، وقال: يقول ابن الماجشون: إن ذلك لا يجوز، وقد أجازه ابن عمر. وروي عنه أنه يسأل عن رجل جعل لرجل جاعلاً على أن يرقى الجبل إلى موضع سما فيه، فأجازه، قال أصبغ: ومن الدليل على جوازه أن مالكاً قد أجاز الجعل في الرجل يقول للرجل: أحلف لي أنك لم تشتمني ولك كذا وكذا، فيحلف، فيلزمه مالك غرم ما جعل له على ذلك، وليس ذلك عندي بيّن؛ لأن له فيه منفعة، وهو تطيب نفسه من جهته من جنته وتحسين ظنه به، حتى لا يعتقد له سوءا ولا مكروهاً، فيأثم في اعتقاده ذلك فيه، وكذلك قوله في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب جامع البيوع: ولكني بيع دارك، ولك كذا وكذا له في ذلك منفعة، وهو غرضه في أن يشتري الدار إلى من يحب بما سمى له من الثمن، وأما قوله في رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب النكاح في الذي يقول للرجل: ولكني نكاح وليتك، ولك كذا وكذا: إنه لا يجوز، فإنما لم ينجز ذلك، من أجل أن لصاحب المولية أن

يعزِلَه عما جعل إليه من ذلك، فدخله الغرز وقد بسطنا القول في ذلك هنالك، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِل عمَّن تصدق بمال له، وبدارٍ له على بنات له ثلاثة، فإذا انقرضْنَ فهي صدقة على بني ابن له، وعلى عقبهم، فانقرض بنو ابنه وعقبهم وهلك ابنتان ممن تصدق عليهن، وبقيت واحدة، وكان في صدقته، أن من تزوج من بناته، فنصيبها رد على أختها، فإن: لها رادة فهي على نصيبها فانقرضوا كلُّهم بنو البنين وأعقابهم، والبنات إلا واحدة، وهي متزوجة، والمال ذو غلة، فكيف ترى أن يعمل فيه؟ أنفقت أم ماذا يصنع فيه؟ وللمتصدق ابنتان له، لم يكن أدخلهما في صدقته، قال: أرى أن تقسم الغلة على ذوي قرابته من ابنتيه وغيرهما، وعلى المساكين، فقيل له: فإن انقرضت ابنته المتزوجة، أمما إذا ترى فيه؟ أترجع ميراثاً ولم يجعلَ مرجعها إلا أحد، وإنما هي صدقة موقوفة؟ قال: لا أرى أن ترجع ميراثاً، ولكن ترجع على من قلت لك، يتصدق بغلتها على ذوي قرابته وعلى المساكين ما بقيت.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إنه إذا لم يبْق من المحبس عليهم إلا امرأة واحدة متزوجة، وقد كان شرط المحبس أن من تزوج منهن فلا حقّ لها إلا أن تردها رادة، إن الغلة تكون ما دمت متزوجة للذي إليه مرجع الحبس، فقوله: إن الغلة تقسم على ذوي قرابته من ابنتيه وغيرهما وعلى المساكين، يريد: أن ما فضل من ابنتيه اللتين هما أقرب الناس إليه، كان لذوي قرابته، وما فضل عن ذوي قرابته، كان للمساكين؛ لأن هذا هو حكم المرجع أن يكون إلى الأقرب فالأقرب من المحبس بمعنى الصدقة، فما فضل عن الأقرباء، كان للمساكين كما لو لم يكن له قريب أصلاً لكان مرجعه إلى المساكين، وإنما بشيء أقرب المحبس على المساكين من غيرهم، لقوله عليه السلام: " لأبي طلحة بَخٍ بخٍ[1] ذَلِكَ مَالٌ رَابِح ". وقد سمعت ما قلت، وإني أرى أن يجعله في

(١) أخرجه مسلم (٣٥٢٧)، وأخرجه أبو داود (١٤٥)، وأخرجه أحمد في مسنده (١٥٣٥٣)، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه (١٧٨٣)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٨٤٠)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٣٤٤٠)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٩٦٠٦)، وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٣٩٩)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٦٤٨٠)، وأخرجه البزار في مسنده (٢٣٤٤)، وأخرجه أبو بكر البزار في البحر الزخار (١٠٥)، وأخرجه الطبراني في مسنده (٧٩١)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٣٨)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط =

الأقربين لأنه دل بهذا على أن الصدقة على الأقربين، أفضل من الصدقة على الأجنبية، فوجب أن يصرف صدقة الرجل المحبسة، إذا لم يجعل لها مرجع، على الذي هو أفضل له.

وقد مضى بيان هذه المسألة بجميع وجوهها وما فيها من الاختلاف في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب الحبس.

مسألة:

وسئل عن الرجل يتصدق بداره على الرجل وولده ما عاشوا، ولا يذكر لهم مرجوعاً إلا صدقة هكذا، لا شرط فيها، يهلك الرجل وولده قال: أرى أن يرجع حبساً لا يباع على أقاربه، وفي المساكين ولا يورث، قال سحنون: إن كان ولد المحبس عليه ناساً بأعيانهم، فإنما يرجع إليه إن كان حياً أورث ورثته ميراثاً إن كان ميتاً، دان كان ولده ليسوا بأعيانهم وإنما قال له: حبساً عليك وعلى ولدك ما عاشوا فيها هنا يرجع حبساً.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي يتصدق بداره على الرجل وولده ما عاشوا، يريد: وهم غيرُ معنيين، ولا يذكر لها مرجعاً أنها ترجع بمرجع الأحباس على أقاربه، وفي المساكين، يريد على الترتيب، حسبما ذكرناه في المسألة التي فوقها لا على التشريع، ولا اختلاف في هذه المسألة أنها ترجع بمرجع الأحباء، لقوله فيها ما عاشوا، ولو لم يقل فيها ما عاشوا، لكانت لأخر العقب ملكاً على ما سيأتي في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب. وقد قيل: إنها ترجع بمرجع الأحبار وهو قول بعض رجال مالك في المدونة وقال ابن عبدول: إنه قول أكثر أصحاب مالك ولو قال: حبس على ولدي ولم يقل ما عاشوا، لرجعت بمرجع الأحبار قولاً واحداً، وكذلك لو قال: ما عاشوا، إلا عند مصرف، فإنه قال: إذا قال: ما عاشوا رجعت إليه ملكاً. وقول سحنون: إن كان ولد المحبس عليه ناساً بأعيانهم، فإنها ترجع إليه إن كان حيًّا أو إلى ورثته ميراثا إن كان ميتاً، يريد: على أحد قولي مالك في المدونة إلا أن يقول ما عاشوا، فقال محمد بن المواز: إنها تخرج من الاختلاف، وترجع إليه مِلْكاً على قولي مالك جميعاً.

=

(٥٢٩٤)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٦٧٦٠)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (١٦٨٢).

وقد مضى القول على هذا محصلاً في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس. ولو قال صدقة عليهم وهم معينون، لكانت لجميعهم ملكاً مطلقاً على الاشتراك والإشاعة، إلا أن يقول ما عاشوا فترجع إليه بعد انقراضهم ملكاً وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله
يسلف في المتاع والحيوان

وسئل عن الرجل يقول: هذه الدار صدقة عليك وعلى ولدك، قال: هي ميراث للذي تصدق بها، وعلى ولده. قال ابن القاسم: هي بمنزلة لو اشتروها هي بينهم يرثها عنهم ورثتهم، وإذا قال: صدقة حبساً على فلان وولده، رجعت حبساً إلى أقرب الناس بالذي حبس من ذوي قرابته وعصبه إذا قال: صدقة حبساً.

قال محمد بن رشد: الولد يقع على ولد الصلب وعلى كل من يرجع نسبته إليه من ولد الولد، وإن سلفوا، فإذا حبس الرجل حبساً على ولد رجل دخل فيه ولده وولد ولده ما سألوا؛ لأنه قد علم أن التلبيس، يراد به مجهول من يأتي، وكذلك إذا قال حبساً صدقة، فإذا انقرضوا رجعت حبساً إلى أقرب الناس بالحبس. قال في هذه الرواية من ذوي قرابته أو عصبته، يريد: قرابته الذين هم من حرم نسبه، وإن كن ماءً لسن بعصبة يرثن كالبنات، وبنات البنين، والأخوات، أو لا يرثن، كالعمات وبنات الأخ، وبنات العم وما أشبههن، وقد قيل: إن الحبس لا يرجع إلى النساء بحال كن يرثن أو لا يرثن. وقيل: لا يرجع إلا لمن يرث منهن. واختلف أيضاً في الأمهات والجدات حسبما مضى القول في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس. وأما العصبة من الرجال، فلا اختلاف في أن الحبس يرجع إليهم. وأما إذا تصدق الرجل بدار على ولد رجل، أو على رجل وولده، فهي صدقة مبتُولة، لكل من كان منهم حياً مولوداً يوم تصدق على السواء بينهم، يرثها عنهم ورثتهم، بمنزلة ما لو اشتروها كما قال؛ لأن الصدقة لا يراد بها مجهول من يأتي فحمل من كان حياً مولوداً يوم الصدقة، بمنزلة ما لو سماهم، فقال: داري صدقة على فلان، وولد فلان وفلان وفلان، ولا اختلاف في هذا، إذا كان ولد الرجل يعرف أعيانهم وعدتهم، وأما إن كانوا لا تُعرف أعيانهم وأعدادهم إلا بعد الإِحصاء والبحث. فقيل: إنهم كالمعينين، تكون الدار صدقة عليهم بالسواء، وقيل إنهم بخلاف المعينين، إن كانت الصدقة مالاً قسم عليهم بالاجتهاد، وإن كانت داراً سكنها

الأحوج إليها منهم فالأحوج، أو بيعت فقسم ثمنها عليهم بالاجتهاد، ومن مات منهم قبل القسم لم يكن له شيء، وينفرد الباقي منهم. والقولان في الوصايا الثاني من المدونة، في الذي يوصي لأخواله وأولادهم.

واختلف في الرجل إذا تصدق بداره على ولده وولد ولده، أو على رجل وولده وولد ولده، ولم يقل حبساً، فقيل: إنها تكون لآخر العقب ملكاً، وهو قول مالك في رسم الأقضية الثالث من سياق أشهب بعد هذا، وفي المدونة لبعضه رجال مالك، إنها صدقة موقوفة، ترجع إلى أقرب الناس بالحبس بعد انقراض العقب. ومثله حكى ابن عبدوس عن أكثر أصحاب مالك وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن الرجل يتصدق على ابن له صغير بصدقة، ويكتب له بها كتاباً وتكون الصدقة في يد أبيه حتى كبر الغلام واحتلم، وبلغ مبلغ الرجال، ثمة مات أبوه قال مالك: أرى ذلك يختلف إن كان حين مات أبوه رجلًا قد احتك ورضي له حاله، ومثله يجوز نفسه، فتراها للورثة، وإن كان بحال السفه، وإن كان كبيراً، ليس مثله يلي نفسه في ماله وسفهه، رأيت ذلك جائزاً أرأيت أن يدع ذلك إلى السلطان يطلبه.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو بيّن لا اختلاف فيه إن الصدقة باطل إذا كان معلوماً بالرشد، وإنها جائزة له إن كان معلوماً بالسفه، وإنما الاختلاف على ما يحمل عليه إذا جهلت حاله، فالمشهور أنه محمول على السفه حتى يعلم رشده. وقد قيل: إنه محمول على الرشد حتى يعلم سفهه.

وقد مضى هذا القول مستوفىً في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الحبس فلا معنى لإعادته.

مسألة:

وسئل مالك عن الدار يتصدق بها الرجل على الرجل، أو يحبسها عليه، ويتكارها منه، قال: لا خير فيه، ولا أرى أن يجوز ذلك، فقلت له: يا أبا عبد الله: أرأيت لو تصدق بها عليه ثم تكاراها منه بعد ذلك، لما يكن ذلك جائزاً له قال: إن جاء من ذلك شيئاً بيناً رأيت ذلك جائزاً إذا كان قد حازها الذي تصدق بها عليه، ثم تكاراها الآخر بعد ذلك، بعد أن ينقطع بها الذي تصدق بها عليه انقطاعاً بيّناً.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه أحفظه في المذهب، إنه إذا تصدق على الرجل بالدار، أو حبسها عليه، وتمادى على سكناها أو عاد إليها عن

قرب، بأكثراء أو عارية أو إرفاق، حتى مات فيها، فالصدقة أو الحبس فيها باطل. وأما إذا رجع إليها بالسكنى بكراء أو إرفاق بعد أن انقطع لها بالحيازة دونه، انقطاعاً بياناً، السنة فيما زاد، فلا يبطل ذلك حيازته، وهذا في الأجنبي أو الولد الكبير الذي يجوز لنفسه، فيما الولد الصغير الذي يجوز له أبوه، فتبطل الصدقة برجوع الأب إلى سكنى الدار التي تصدق بها، وإن كان ذلك بعد المدة الطويلة. قال ذلك محمد بن المواز في كتابه وهو بين من قول ابن القاسم، في رسم أوصى من سماع عيسى بعد هذا فهو بين قوله حيث ما وقع روايته عن مالك، وكذللث الرهن يبطل الحيازة فيه برجوعه إلى يد المرتهن، وإن كان ذلك بعد أن انقطع المرتهن بحيازته إياه انقطاعاً بيّناً؛ لأن الحوز في الرهن أكد منه في الصدقة والحبس، لقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]. وبالله التوفيق.

ومن كتاب تأخير صلاة العشاء

قال ابن القاسم: وقال مالك: كان رجال ببلدنا هذا من أهل الفضل والعبادة، يردّون العطية يعطونها، حتى إن كان بعضهم ليؤامر نفسه، يعني بدلك إن كان يرى أن له عنها غِنىً.

قال محمد بن رشد: يريد بالعطية التي كانوا يردونها ولا يقبلونها العطية من بيت المال. والله أعلم.

وفي قوله حتى إن كان بعضهم ليغامر نفسه نظر؛ لأن الذي يرفض العطية ولا يغامر نفسه في ذلك، أزهد فيها من الذي يغامر نفسه في أخذها أوردها وحتى غاية تدل على أنه أراد منهم من يرى في الزيادة والعبادة، على الذين يردونها ولا يقبلونها، فكان وجه الكلام أن يقول: حتى إن كان بعضهم لما يغامر نفسه في قبولها فيردها، وإن كان يرى أنه لا غنى به عنها، وردهم إياها يحتمل أن يكون زيادة فيها مع جواز أخذها لهم، لا كراهية فيه، إذا كان المجرى حلالاً وقُسم بوجه الاجتهاد، دون كثرة ولا محاباة، وهذا نهاية في الزهد والفضل؛ لأنه يترك حقه الجائز به أخذه ويؤثر به غيره معين يُعطاه، وإن كانت به حاجة إليه... من الصنف الذين أثنى الله تعالى عليهم في قوله: ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَى أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾[الحشر: ٩]. وإن كان المجبى حلالاً ولم يعدل في قسمته فمن أهل العلم من يكره الأخذ منه وأكثرهم يجيزهُ وأما إن كان المُجبى يشوبه حلالا وحرام، فمن أهل العلم من يجيز الأخذ منه، وأكثرهم يكرهه،

وأما إن كان المجرى حراماً فمن أهل العلم من حرم الأخذ منه، وروى ذلك عن مالك، ومنهم من أجازه، ومنهم من كرهه وهم الأكثر.

وقد مضى في آخر سماع سحنون من كتاب الشهادات، القول في هذا المعنى مستوفىً ومضى في رسم شك في طوافه قبل هذا، استجاب ترك الرجل قبول ما وصل به. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن السائل يقف بالباب، فيأمر له بدرهم، فيجده قد انصرف، أترى أن يسترجعه؟ قال: لا ولكن يتصدق به، قيل له: فالكسوة، قال: كمالك يتصدق بها.

قال محمد بن رشد: زاد في هذه المسألة في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب العارية، وليس ذلك عليه بواجب، فهو يبيّنُ قوله في هذه الرواية، ومثله الرجل يلقاه الرجل من إخوانه أو أقاربه، فيسأله أن يصله، فيعده بذلك، ثم لا يجده، أو الأجنبي يلقاه الرجل، فيسأله، فيعده، ثم لا يجده، إلا أن أخفها الذي يعد الرجل من إخوانه أو أقاربه، ويليها الرجل الذي يعد الرجل الأجنبي، ويليها الذي يأمر للسائل بشيء دون عدة، فلا يوجد وأشدها كلها ما قاله ابن أبي زيد أن يخرج بالصدقة إلى السائل، قال: يقبلها.

وقد مضى الكلام على ذلك في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب العارية، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عن الرجل يتصدق على ابن له حاضر معه بدار له غائبة عنه ببلاد غير بلاده، فلا يقبضها ابنه حتى يموت أبوه، أتراها له؟ قال: إن كان صغيراً أيحوز له ويليه، فإني أرى له ذلك، وإن كان كبيراً فإني لا أرى له، فقلت له: فإنه لم يفرط في الخروج، لَعلَّه من يريد الخروج حتى مات أبوه، وقال: وكذلك أيضاً لو كان غيره ممن ليعم هو مثله في القرابة. وقد قال عمر بن الخطاب إن لم يجزها فهي على الوارث، فإني أرى إن لم يجزها فهي للورثة.

قال محمد بن رشد: الدار على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وغيرها في الحيازة بخلاف الأرض؛ لأن لها حيازة، تحاط بها، فإن كانت حاضرة، فحازها الموهوب له بالقبض لهما والعقد عليها، وإن لم يسكنها فهي حيازة، وإن لم يفعل ذلك حتى مات الواهب بطلت الهبة، ولا خلاف في هذا. وأما إن كانت غائبة،

فاختلف فيها على ثلاثة أقوال أحدها، الحيازة لا تكون فيها عاملة، إلا أن يخرج إليها فيحوزها بالقبض لها والقفل عليها قبل أن يموت الواهب، فإن مات الواهب قبل ذلك، بطلت الهبة، وإن كان الموهوب له لم يفرط في الخروج أو التوكيل وهو قوله في المدونة، وفي هذه الرواية، ومثله في كتاب ابن المواز. والثاني قول أشهب: إنه لم يفرط في الخروج والقبض، ولعله قد تهيأ لذلك، أو وكل فلم يخرج حتى مات الأب، فهي جائزة وإن أمكنته الحيازة ففرط حتى مات، فهي باطل. والثالث إنه لم يفرط فخرج قبل أن يموت الواهب، فهي حيازة وإن لم يدرك قبضها في حياته، فقبضها بعد وفاته ولا اختلاف في أنه إذا فرط في الخروج، فمات الواهب قبل أن يخرج، أو خرج قبل أن يموت، فلم يدرك أن يقبضه حتى مات، من أجل أنه فرط في الخروج، فهي باطل.

وأما الأرض، فإن تصدق بها في أو أن يمكن حيازتها بحرث أو زراعة أو كراء، وما أشبه ذلك، كالدار، سواء إن كانت حاضرة، فلم يجزها بشيء من ذلك حتى مات المتصدق، فهي باطل، وإن كانت غائبة، فعلى الاختلاف الذي ذكرته في الدار الغائبة. وأما إن تصدق بها في أوان لا يمكنه حيازتها بحرث ولا عمل ولا كراء، فالإِشهاد على الصدقة وقبول المتصدق عليه حيازة إن مات المتصدق بها قبل أوان حيازتها وقال مطرف وأصبغ: وإن جددها الشهود وأوقفهم عليها فذلك أقوى للحيازة، وإن جددها في كتاب الصدقة، ولم يقف عليها الشهود، فذلك أياماً موز، وهو دون الأول. وإن لم يمت المتصدق حولها فلم يحزها بالحرث والعمل حتى يموت المتصدق فهي باطل. وفرق ابن القاسم في الحيازة بين الدار الغائبة والدار التي لا يمكن حيازتها، فقال في الدار: إن الصدقة باطل، إلا أن يخرج إليها فيحوزها بالقبض لها قبل موت المتصدق، ولم يغيره بمغيبها... وعدم في الحال على حيازتها. وقال في رسم الأرض: إنه إن مات المتصدق بها قبل إمكان حيازتها، اكتفى بالإِشهاد فيها ولم تبطل الصدقة بها، .... في الحال على حيازتها، ولا فرق بينهما في المعنى، فهو اختلاف من قوله وقد رأيت ذلك لابن حرب، وأما إن تصدق بالأرض وهي غائبة قبل إبأن حيازتها، فلا يضرهُ التراخي في الخروج إلى حيازتها إذا خرج بعد ذلك في وقت يصل قرب إمكان حيازتها بالحرث؛ لأنه لو وصل قبل إمكان حيازتها لاكتفى في حيازتها بالقول، ما لم يأت إبان حيازتها على أصله المتهدم. وهذا كله فيمن يحوز لنفسه ولو كبيراً أو أجنبي، وأما الولد الصغير فحيازة أبيه له حيازة في كل حال وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله كتب عليه ذكر حق

قال: وسئل مالك عمن اشترى لابن له صغير في حجره غلاماً وكتب له كتاباً وأشهد له أنه إنما اشتراه لابنه، فمات الأب بعد ذلك بسنة، فقال الورثة للصبي: نحن ندخل عليك في هذا الغلام. قال مالك: ليس ذلك لهم وأرى إذا أشهد الأب على شرائه أنه له.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة لا إشكال في أنه لا دخول للورثة على الابن في الغلام الذي اشتراه، وإن لم يجزه له، وإن أخذها الأب لنفسه؛ لأن أصل شراء العبد، إنما هو للابن، فلم يهبه الأب له، فيحتاج إلى أن يحوزه له بالثمن الذي اشتراه به له. فصح له ملكه بالشراء. وقد ذهب بعض الناس، إلى أن قول مالك هذا في هذه المسألة، خلاف لقول أصبغ، من روايته في سماعه الثاني الواقع بعد سماع أبي زيد في آخر الكتاب، وليس ذلك بصحيح؛ لأنه لم يقل في هذه المسألة: إنه اشترى الغلام لابنه من مال ابنه فإن عرف لابنه مال من وجه من الوجوه، جاز قول الأب، وكان الشيء الذي ذكر أنه اشتراه بماله وملكه بنفس الشراء، ولم يفتقر إلى حيازة الأب إياه له، وأما إن لم يعرف لابنه مال بوجه من الوجوه، لا من إرث ولا من غيره، ثم مات الأب، فقال أصبغ: إن ذلك توليج من الأب له، يكون ميراثاً بين جميع الورثة، ولا ينتفع الابن بحيازة أبيه ذلك، له، فقول أصبغ هذا ليست بخلاف لقول مالك في هذه المسألة، وإنما هو خلاف لقوله فيما مضى في رسم الشجرة: في أن الابن ينتفع بحيازة أبيه فيما ولاه أو باعه بالثمن اليسير، وإن كان لم يسم ذلك صدقة ولا هبة، وهو قول مطرف وابن الماجشون في الواضحة. حكى ابن حبيب عنهما أنهما قالا: وإذا أشهد الأب أنه باع من ولده هذا الدار بكذا وكذا ديناراً كانت في يديه من ميراث له، أو أعطيته أو مما يَذكر، فذلك جائز، إذا ذكر لذلك سبباً ووجهاً يعرف أحوز الصغير والكبير، دون حيازة، وإن لم يعرف ما قال، ولم يعرف للمال سبب، لم يجز ذلك على وجه البيع، ويصير بمعنى العطية فيما حيزوفيما لم يحز قالا: وكذلك إذا أشهد أن للابن عليه مائة دينار، من سبب كذا، وكذا وكذلك يعرف، فذلك جائز، إن لم يعرف لذلك سبب، فلا يجوز ذلك. قال ابن حبيب: وقال ذلك أصبغ فقول أصبغ في الواضحة، خلاف قوله هذا في سماعه من العربية مثلن قول مطرف وابن الماجشون، ومثل قول مالك في رسم الشجرة، خلاف لقول ابن القاسم فيه من رواية عيسى في كتاب داود

حسبما بيناه هناك من أن قول ابن القاسم مخالف لقول مالك وبالله التوفيق.

مسألة:

قال مالك فيه الرجل ينحل ولداً له عند موته في مرضه، فيتزوج به ابنه امرأةً ويصدقها غلة ذلك ونصيبها، أو يكون أبوه زوجها إياه، وأصدق عنه عند موته في مرضه من ماله، قال: أرى الصداق مردوداً على ورثة الهالك، ولا يجوز للميت أن يعطي بعض ولده دون بعض عند موته، إلا أَن يأذنوا في ذلك، وأرى صداق المرأة ديناً على زوجها متى وجدته عنده أخذته به. قال مالك: ومثل ذلك الرجل، يسرق السرقة ثم يتزوج بها المرأة، ويصيبها، ثم يأتي ربّ السرقة، فيكون أحق بماله، وترجع المرأة على زوجها بذلك، فيكون ديناً لها عليه.

قال محمد بن رشد: لا اختلاف ولا كلام فيما ذكر، من أن الصداق مَرْدود على ورثة الهالك في المسألتين جميعاً، تزوج هو مما نحله أبوه في مرضه، أو زوجه أبوه في مرضه، وأصدق عنه، كما يَرد ما أصدقها إذا كان مسروقاً على ربّ السرقة، وإنما الكلام فيما ترجع به المرأة على زوجها إن كان بقيمة الصداق، الذي استحق من يدها أو بصداق مثلها، فقيل: ترجع عليه بصداق مثلها، وهو ظاهر قوله في هذه الرواية، وأرى صداق المرأة ديناً على زوجها، وقيل ترجع عليه بقيمة الصداق الذي استحق من يدها، وهو ظاهر قوله في آخر المسألة، وترجعُ المرأة على زوجها بذلك، فالقولان قائمان من هذه الرواية، والقول الأول هو القياس، على حكام الاستحقاق في البيوع؛ لأن ما استحق من يدها هو عوض بضعها فلما فات البضع بالعقد عليه لما يوجبه من الحرمة، وجب أن يرجع بقيمته، وهو صداق المثل. وقد قيل: إنه لا يفوت بالعقد إذا استحق الصداق، وهو عرض قبل الدخول المفسد النكاح والقول الثاني هو المشهور في المذهب، ويختلف يضاف هل يُحال بينه وبين وطئها حتى يعطيها حقها، أو يتمادى على وطئها؟ في ذلك اختلاف وتفصيل.

وقد مضى بيانه مستوفى في رسم الطلاق من سماع أشهب، من كتاب النكاح، فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

ومن كتاب البر

وسئل مالك عن رجل تصدق عن امرأته وابن لها صغير، ببعضه حائط، فأرادت المرأة أن تبيع حصتها، وأراد الأب أن يبيع لابنه، فقال له مالك: أحبس هو؟ قال: لا

ولكنه صدقة بتْلاً، قال: يبيعون إن أحبوا أو يمسكون، فقيل له: إن الابن صغير في حجره، وقد أراد أن يبيع، نظراً له، أفترى على المشتري في ذلك شيئاً؟ قال: لا قيل: وهل ترى للأب أن يبيع؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة صحيحة لا إشكال فيها، ولا تفتقر إلى بيان. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل طلب لرجل منزلاً يكفيه إياه، فقال: ليس هو لي، هو لابْنتي، حتى أستشيرها في ذلك، فمات الأب، وطلبت الابنة المنزل، فأشهدوا لها من قول أبيها، قال: لا أرى ذلك ينفعها، إلا أن تكون حازت ذلك، ويكون لها على صدقتها أو هبتها شهود، وحيازة. قال أبو بكر لعائشة: لو كنت حزينة كان لك، وإنما هو اليوم مالُ وارث. فقيل له: فلو كانت الابنة صغيرة في حجره. قال: لا أرى هذا شيئاً قد يعتذر الرجل بمثل هذا لمن يريد أن يمنعه، ولا أرى ذلك بشيء، ولا يكون لصغيرة كانت أو لكبيرة، إلا أن يكون شهود على الصدقة وحول من الكبيرة.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما في أول سماع أشهب من كتاب الدعوى والصلح، مثل ما في رسم العشور وسماع عيسى منه، إن ذلك لا يوجب الشيء المقر به للمقر له، إذا لم يقصد بذلك إلى الإقرار، وإنما قصد به إلى الاعتذار، ويلزمه اليمين إن لم يكن المقر له ابنة، وادعى ذلك الشيء ملكا لنفسه. قديماً، يقرّ بذلك الإقرار، فإن نكل عن اليمين حلف المقر له واستحقه، قال ذلك أصبغ في رسم العشور المذكور: وهو مفسر لقول مالك وابن القاسم، وهذا إذا عرف الأصل المقر، وأما إن لم يعرف الأصل له، وإقراره للمقر له، وإن كان على هذا الوجه من الاعتذار، عامل على ما في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب العتق. ودليل ما في رسم العشر المذكور، وسواء على مذهب مالك قال في اعتذاره هو لفلان، وقد تصدقت به عليه، أو وهبته له، أو بعته منه، يبين ذلك ما وقع له في أول سماع أشهب بعد هذا من هذا الكتاب. وقال أصبغ: إذا قال وهبته أو تصدقت به أو بعته، فهي حقوق قد أقرّ بها على نفسه، يريد فيؤخذ بها إذا ادعت ذلك المقر له بغير هذا الإقرار. وقد اختلف إذا خطبت إلى رجل ابنته، فقال: قد زوجتها فلاناً، فطلب ذلك المقر له، على ثلاثة أقوال: أحدها أن النكاح يجب له طلبه بذلك القول أو بقول معكام، وهو أحد قولي أصبغ، وإليه ذهب ابن حبيب. والثاني الفرق بين أن يطلبه بذلك القول أو بقول متقدم، وهو قول ابن كنانة في كتاب الدعوى

وقول أصبغ، وروايته عن ابن القاسم، في رسم النكاح من سماع أصبغ من كتاب النكاح. والثالث أنه لا شيء له، طلبه بذلك القول، أو بقول متقدم، وهو قول ابن المواز وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله باع غلاماً

وسئل عن الرجل يتصدق بماله كله لله، ويتخلى منه. قال: إن كان صحيحاً فلا بأس، واحتج في ذلك بقول أبي بكر حين ندب رسول الله صلى الله عليه وسلم في صدقة أبي بكر حين أتى بماله كله، وليس لورثته إن كانوا له أن يمنعوه هذا.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إن ذلك جائز للرجل إذا كان صحيحاً ليس لورثته أن يمنعوه من ذلك. والأحسن للرجل أن يبقي على نفسه بعض ماله، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَاماً﴾ [الفرقان: ٦٧]. وقوله: ﴿وَلا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَى عُنُقِكَ وَلا تَبْسُطْهَا كُلَّ البَسْطِ﴾ [الإسراء: ٢٩]. وقوله: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلِ العَفْوَ﴾ [البقرة: ٢١٩]. وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا صَدَقَةَ إلا عَنْ ظَهْرِ غِنىً[1] وَابْدأ بِمَنْ تَعُولُ ". وقال كعب بن مالك: "إنَّ مِنْ تَوْبَتِي أَنْ أَنْخَلعَ مِنْ مَالِي ". فقَالَ لَهُ رَسُولُ اللهِ صَلى الله عَلَيه وسلم: " أَمْسِكْ عَلَيْكَ بَعْضَ مَالِكَ[2]، فَهُوَ خَيْرٌ لَكَ ". وروي أن رجلاً تصدق بكل شيء له في زمن

---

(١) أخرجه البخاري (١٣٤٤)، وأخرجه مسلم (١٧٢٢)، وأخرجه أبو داود (١٤٣٠)، وأخرجه النسائي في سننه (٢٥٠٨)، وأخرجه الدارمي في سننه (١٦١١)، وأخرجه أحمد في مسنده (٩٠١٥)، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٢٢٧٩)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٣٤٢٧)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (١٤٣٥)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٢٣٠٠)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٣٣٢١)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧١٨٢)، وأخرجه الطبراني في مسنده (٥٧٤)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٥٩٢١)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٨٩٦٤)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٥٤٨٦)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (١٦١٤).

(٢) أخرجه البخاري (٦٢٢٦)، وأخرجه مسلم (٤٩٧٩)، وأخرجه الترمذي (٣٠٤٧)، وأخرجه أبو داود (٢٨٨٨)، وأخرجه النسائي في سننه (٣٧٩٠)، وأخرجه مالك في الموطأ (٧٢٦)، وأخرجه أحمد في مسنده (٢٦٥٤١)، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٢٢٨٠)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٣٤٥٢)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (١٠٧٢٩)، وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢١٤٦)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٩٢٤)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٢٣٩٠)، وأخرجه الطبراني في مسنده (١٨٠٨)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في =

النبي عليه السلام فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لقَدْ قُبِلَتْ صَدَقَتُكَ[(١)] " فأجاز الثلث وروى أن رجلاً أعطى ماله في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "أَبْقَيْتَ لِلْوَارِثِ شَيْئاً، فَلَيْسَ لَكَ ذَلِكَ فَلا يَصِح لَكَ أَنْ تَسْتَوْعِبَ مَالَكَ". وقال صَلى الله عليه وسلم لأبي لبناني بن عبد المنذر حين تاب الله عليه قال: يا رسول الله: " أَهْجُر دَارَ قَوْمِي التي أَصَبْتُ فِيهَا الذنْبَ وأُجَاوِرُكَ وأَنْخَلع مِنْ مَالِي صَدَقَةً لِلهِ وَلِرَسُولِهِ، فَقَال رَسُولُ الذي صلى اللهُ عَليهِ يَجْزِيكَ مِنَ ذَلِكَ الثلُث[(٢)] ". ومما يدل على الأفضل للرجل أن يبقي على نفسه بعض ماله، وأنه يكره له أن يتصدق بجميعه، أن من نذر أن يتصدق بجميع ماله، لا يلزمه عند مالك وضع أصحابه أن يتصدق منه إلا بثلثه، لقوله عليه السلام لأبي لبانة، وقد نذر أن يتصدق بجميع مالها: " يُجْزِئُكَ مِنْ ذَلِكَ الثلُثُ[(٣)] ". وأما صدقة أبي بكر بجميع ماله فقيل: إنها كانت لاستيلاف الناس واستنقاذهم من الكفر، وذلك حينئذ واجب. قاله اللخمي وفيه نظر. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عما يشتريه الرجل في مثل الحج وغيره من الثياب وغير ذلك، ويقول: هذا لامرأتي، وهذا لابنتي، وهذا لابني، ثم يموت، قال: أراه بين الورثة، إلا أن يشهد عند قوله وهو في يديه، ويقول: اشهدوا أن هذا لامرأتي أو لابنتي فإن أشهد بذلك لهم. والذي يبعث بالشيء إلى الرجل على مثل هذه الحال إن مات الذي بعث.

=

مصنفه (٩٥٣٠)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٦٣١٥)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٧٣٥١)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٥٤٧٨)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (١٦٧٥)، وأخرجه ابن حزم في المحلى بالآثار (٢١٤).

(١) أخرجه مسلم (١٧٠٤)، وأخرجه أحمد في مسنده (٨٤٠٠)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٣٤٣٨)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٢٢٦٥)، وأخرجه مالك في المدونة الكبرى (٣١١).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (١٠٠٨)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٣٤٥٣)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٣١٦٧)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١١٥١٥)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٥٩١٤)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٥٤٨٠).

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (١٠٠٨)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٣٤٥٣)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٣١٦٧)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١١٥١٥)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٥٩١٤)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٥٤٨٠).

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما في المدونة سواء، من أنه إذا أجهد في سفره فيما اشتراه أنه لأهله، جاز ذلك لهم، وإن مات وهو في يد قبل أن يصل. ونَصَّ في هذه الرواية على الزوجة، فدل ذلك من قوله على أن ذلك جائز لمن يجوز له من أهله كولده الصغار، ولمن لا يجوز لهم منهم، كولده الكبار، والزوجة، ومن أشبههم وذلك كالنص منه على ذلك لتنظيره ذلك، بالذي يبعث بالشيء إلى الرجل على مثل هذا الحال إن مات الباعث قبل أن يصل المبعوث معه إلى المبعوث إليه، فجعل ما اشتراه في سفره، وأشهد عليه أنه لأحد من أهله فمات قبل أن يصل وهو في هذه بمنزلة ما بعث به فمات وهو بيد الرسول قبل أن يصل ولا إشكال في مسألة الرسول؛ لأن الرسول قابض للمبعوث إليه، وحائز له عند الواهب الباعث، خلاف ما تأوله ابن القاسم على مالك من أن معنى ذلك عندي فيمن يجوز له من صغار ولده. وقع في التفسير الثالث: سألت ابن القاسم عن قوله مالك في الرجل يشتري المتاع في الحج لبعضه أهله ثم يموت قبل أن يبلغهم ذلك المتاع، إنه لهم ولا حيازة عليه فيه.

قلت: لِمَ رأى ذلك مالك لهم وهو لم يبين من يده مع رسول فيكون دفعه إلى الرسول كالحوز؟ فقال: إنما محمل هذا عندنا عن قول مالك: إنه إنما أراد أن يكون اشتراه لأصاغر ولده، ولمن يلي هن بناته ممن يكون جائزا عليهم، فيكون اشتراكه إذا أشهد لهم عند الشراء، بمنزلة الهبة والعطية والصلة إذا أشهد عليها.

قال محمد بن رشد: وصار جائزاً لهم، وخلاف ما رواه علي بن زياد عن مالك، من أن الإشهاد لا ينفع في ذلك إلا من تجوز عليه من ولده الصغار، وأما الولد الكبير والأجنبي، فلا يجوز إلا أن يجيزه غيره، فلم يقدره في رواية علي بن زياد عنه بكونه في السفر، وعدم من يسلمه فيه يحوز لهم، وكذلك ابن القاسم. وعذره بذلك مالك في هذه الرواية وفيما وقع له في المدونة وذلك على ما ذكرناه من الاختلاف في رسم تأخير صلاة العشاء، وفي الرجل يتصدق على ابنه الكبير الحاضر معه بالدار الغائبة عنه فيموت قبل أن يصل الابن إليها ولم يفرط.

ومن كتاب أوله صلى ثلاث ركعات

وسئل مالك عن رجل كان له ابنان، فتصدق على أحدهما بعبدٍ وهو صغير، ثم كبر الغلام وهو في ولاية أبيه، فاعتق أبوه العبد الذي تصدق به على ابنه، وأعاد ابنه عبداً هو أدنى من ذلك العبد أو مثله. قال مالك: إن كان ذلك وهو في ولاية أبيه، فإن ذلك

جائز له، وإن كان أن ولى نفسه لم أر ذلك؛ لأنه إن شاء قال لا أجيز ذلك.

قال محمد بن رشد: هذا على أصله، وما يأتي له في رسم استأذن من سماع عيسى بعد هذا من أن عتق الرجل عند ابنه الصغير، يجوز أن كان له مال، وتكون قيمته له عليه، ولا يجوز له عتق عبد ابنه الكبير، فإذا أعتق عبد ابنه الصغير، الذي وهبه إياه وأعاده عبداً آخر مثله أو أرفع منه، مضى ذلك وجاز، وأما إن كان العبد الذي أعاده أدنى منه، فظاهر الرواية أن ذلك جائز على ابنه، والقياس أن يكون له على أبيه تمام قيمته إن كان له مال، وإن لم يكن له على أبيه تمام قيمته إن كان له مال، وإن لم يكن له مال، ورق منه للابن ما راد على قيمة العبد الذي أعاده به، إلا أن يطول ذلك- على ما قال في الرجل يعتق عبد ابنه الصغير، ولا مال له؛ لأن العبد قد وجب له بصدقة أبيه عليه وحيازته له، إلا أن يفرق في هذا بين حيازة الأب لابنه الصغير، وحيازة الكبير لنفسه فيقال: إن الرجل إذا وهب لابنه الصغير عبداً ثم أعتقه، فعِتْقُه جائز، كان له مال أو لم يكن، بخلاف إذا أعتق عبده الذي صار له بميراث أو شراء أو هبة من غره، فهو ظاهر قوله في هذه الرواية، وقوله: وإن كان قد ولي نفسه لم أر ذلك؛ لأنه إن شاء قال: لا أجيز ذلك، معناه إن كان قد قبضه وحازه على ابنه، وأما إن كان أعتقه قبل أن يقبضه، فعتقه جائز له، عوضه منه بغيره أو لم يعوضه، على ما قاله في المدونة وغيرها ولا خلاف فيه.

مسألة:

وسئل فقيل له: إن ابن أبي حازم وأبا صخرة وضع عندهما الوالي صدقة ليقسماها، فوجدا مدبرة، هل ترى أن يخرجا منها في مدبرة فيعتقاها.

قال محمد بن رشد: خلاف مذهبه في المدونة من أنه لا يباع المدبر ممن يعتقه، وإنما التي يجوز أن يأخذ سيده فيه مالاً على أن يعتقه، فيكون ولاؤه له، فلا يجوز على مذهبه في المدونة للرجلَ أن يشتري مدبراً فيعتقه من ذكاته. وقد اختلف إن فعل، هل يجزيه أم لا؟ فيجزيه على القول بأن من اشترى مدبراً فأعتقه لا يُرد ولا يجزيه على القول بأن من اشترى مدبراً فأعتقه يرد، والقولان في نوازل أصبغ من كتاب زكاة العين، فيلزم على قياس هذا في الدَّيْن جعل الوالي عندهما صدقة ليقسماها ألا يخرجا منها في مدبرة، فيعتقاها فإن فعلا ضمانها إن فات المدبر ولم يوجد على القول بأنه يرد ولم يلزمهما شيء على القول بأنه لا يرد، ويحتمل أن يكون معنى ما في هذه الرواية، أنهما وجدا مدبرة تباع في موضع يجوز بيعها فيه، فلا يكون على هذا التأويل قول مالك هذا

خلاف لما في المدونة وغيرها بالله التوفيق.

ومن كتاب أوله مرض

وسئل مالك عن رجل تصدق له على ابن له صغير بمائة شاة، وكتب ذلك في كتاب، قال: ثم لبث سنة، ثم كتب كتاباً آخر تصدق فيه على ابنه ذلك برمَكٍ هي أفضل من الغنم، وتصدق بتلك الغنم على امرأته في ذلك الكتاب، ولم يكتب في ذلك الكتاب إلا الرمَك عوضاً من تلك الغنم، غير أن الذي تصدق به في هذا الكتاب الآخر، أفضل مما حقّ له إلى غيرها. قال مالك: إن كان ابنه صغيراً في ولاية أبيه، جازت له الرمز الذي كتب له في الكتاب الآخر، وسقطت الغنم، وذلك أنه حين أعطى زوجته الغنم، قد انتزعها، وإنما ذلك كهيئة ما لو باع الغنم وخرجت من يده، فلا أرى له إلا الرمز إذا كان في ولاية أبيه أو كان كبيراً فحاز ذلك الابن وقبضه، كانت له، وإن كانت أفضل من الغنم.

قال محمد بن رشد: وجه ما ذهب إليه مالك في هذه الرواية، أنه رأى ذلك لما كان في كتاب واحد، معاوضة لابنه، وإن لم يذكر في الكتاب أن الرمك، إنما أعطاها له عوضاً من الغنم، فجاز ذلك على الابن إذا كان صغيراً في حجره، كما لو باع الغنم عليه بالرمز من غيره. فقوله: وإنما ذلك بمنزلة ما لو باع الغنم وخرجت من يده يمضي على قوله: وذلك أنه حين أعطى زوجته الغنم قد انتزعها، إذ لا يصح انتزاعها منه؛ لأنها صدقة، والصدقة لا تعتصر، ويلزم على قياس هذا الذي وجهنا به قول مالك وأحملناه عليه من أنه رأى ذلك بيعاً للغنم على ابنه الصغير من نفسه بالرمز، لا يجوز ذلك على أنه إن كان كبيراً إلا برضاه، حاز الغنم أو لم يحزها، فإن رضي بذلك جاز، وإن لم يحز الرمل؛ لأنها ليست بموهوبة، وإنما هي ثمن للغنم الموهوبة، ففي قوله: وإن كان كبيراً فحاز ذلك الابن وقبضه كانت له، وإن كانت أفضل من الغنم نظر؛ لأن ذلك من قوله، يدل على أنه لم ير ذلك معاوضة له عن الغنم بالرمز، وإنما رآه انتزاعاً للغنم وهبة للسمك، ولذلك شرط الحيازة فيها والانتزاع في الغنم لا يصح لأنها صدقة. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله نذر سنة يصومها

وسئل مالك عن الرجل يكون له ولد فيبره بعضهم، فيريد أن يعطيه من ماله دون بعض، أذلك له؟ قال: نعم، لا بأس به، ذلك له.

قال محمد بن رشد: إنما أجاز مالك أن يعطى الرجل العطية لمن يبره عنهم؛ لأنه لم يقصد بذلك إلى تفضيل بعض ولده على بعضه، وإنما أعطى البارَّ جزاءً على بره وحرم العاق أدباً لعقوقه، فلا مكروه في ذلك إن شاء الله. وإنما المكروه أن يفضل بعض ولده على بعض، فيخصه بعطية، مخافة أن يكون ذلك سبباً إلى أن يعقه الذي أحرمه عطيته، أو يقصِّر فيما يلزمه من الْبِر به، حسبما مضى القول فيه في رسم الشجرة.

مسألة:

وسئل عن الرجل يعطي بعض ولده جلّ ماله، ويترك سائرهم، قال: إن ذلك ليكره، ولقد أعطى أبو بكر عائشة عشرين وسطاً. وإن القضاة والأمراء ليمضون ذلك، فقيل له أفترى أن يرد؟ فقال: إنه ليكره، وما قال في الرد شيئاً.

قال محمد بن رشد: ظاهر قوله: إنه أجاز للرجل أن يعطي لبعض ولده العطية دون بعض، إذا لم يكن ذلك جلّ ماله. ومثل هذا في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب، خلاف ما يدل عليه قوله في المسألة التي قبل هذا.

فتحصيل القول في ذلك أنه لا اختلاف أنه يكره للرجل أن يهب لبعض ولده دون بعض جلّ ماله، ويختلف في هبة الرجل الأقل من ماله لبعض ولده دون بعض، فقيل: إنه جائز لا بأس به، وهو قوله في هذه الرواية، وفي رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب. وقيل: إنه مكروه على ظاهر حديث النعمان ابن بشير. وهو مذهب ابن القاسم، على ما ذكرنا في رسم الشجرة، ودليل قول مالك في المسألة التي قبل هذه. وأما هبة الرجل جميع ماله لبعض ولده، دون بعض، فقيل: إن ذلك لا يجوز ويرد، وهو مذهب مالك على ما مضى في رسم الشجرة ويأتي في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب، وقيل إنه مكروه، وهو مذهب ابن القاسم حسبما ذكرناه في رسم الشجرة، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يتصدق على ابنه بالغنم، أيكتسي من صوفها؟ قال: نعم، لا أرى بذلك بأساً ويأكل من لحومها ويشرب من ألبانها إذا أعطاها ابنه، فقيل له: فالحائط يتصدق به على ولده، أيأكل من ثمرة إذا أطعمه؟ قال: نعم، لا بأس بذلك قال ابن القاسم: ولم أره مثل الأجنبي.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفىً في رسم حلف ألا يبيع رجلاً سلعة سماها، فلا معنى لإعادته.

ومن كتاب أوله

المحرم يتخذ الخرقة لفرجه

قال وسئل مالك عن قوم كان لهم في منزل صدقة من جدهم، وإنما خربت وألقى الناس عليها نقلهم، وكان أهل الصدقة رجل وأُختين له، وأنهم أرادوا أن يصلحوا فقالت لأخيها: لو ضربت هذا النقل لنا فطوبتها وبعتها وأصلحت هذا المنزل وبنيته؟ فإن كان فيه كفافاً كذلك، وإن زدت من عندك، فاحتجت أن ندخل معك فيه، رددنا إليك ما أنفقت. قال: أرى ذلك جائزاً له، ولكني أرى أن يأتي السلطان حتى يكون هذا الذي يؤذن له، قال: إنه لا يخاصمه أحد قال: قد أعرف، ولكن أَحَبُّ إلي أن يأتي السلطان حتى يأذن له بذلك القاضي فهو أحب إلي.

قال محمد بن رشد: إنما رأى أن لا يفعل ذلك إلا بإذن السلطان، من أجل أنه حُبس له مرجع النظر فيه إلى السلطان، فرأى ألا يحدث فيه شيئا إلا بإذن السلطان الذي إليه النظر في المرجع ليلاً يغير الحبس عما كان عليه.

ومن كتاب أوله اغتسل على غير نية

وسئل مالك عن رجل تصدق على امرأته بخادم له وهي معه في البيت، فكانت تخدمها على حالها ما كانت عليه، قال: إذا كانت تخدمها فلا أراها إلا لها لئلا. قال سحنون: وكذلك لو كان رهنها خادماً. فكانت عندها تخدمها على حال ما كانت، إن الرهن جائز، وإن حولها لها حول وقال سحنون: من أحوز لها منها؟

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى تحصيل القول فيها في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم من كتاب الرهون. وقلنا: إنه يتحصل فيها ثلاثة أقوال فيما بين الصدقة والرهن أحدُها إن ذلك جائز، وهي حيازة في الرهن والصدقة، وهو قول سحنون في هذه الرواية؛ لأنه إذا رأى الحيازة عاملة في الرهن فأحرى أن يراها عاملة في الصدقة والثاني إنها غير عاملة فيهما جميعاً وهو قول مالك في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم من كتاب الرهون وقوله في رسم الوصايا بعد هذا من سماع أشهب؛ لأنه ضعيف الحيازة في الوضعين في الصدقة، فأحرى أن يضعفها في الرهن والثالث الفرق بين الصدقة والرهن، وهو قول ابن القاسم في سماع أصبغ من كتاب الرهون وكذلك لو تصدقت هي بالخادم التي تخدمها، على زوجها، أو رهنته إياها بدليل ما وقع في رسم الوصايا من سماع أشهب بعد هذا من استدلاله بهبتها له على هبته لها

لأن أيديهما جميعاً على الخادم، فمرة على يده، ومرة على يدها، والأظهر أن يغلب يده، فيفرق بين أن تكون هي التي وهبته أو رهنته، وبين أن يكون هو الذي وهبها أو رهنها؛ لأن يده أقوى من يدها، بدليل أنه لم يختلف قول مالك وابن القاسم، في أن القول قول الزوج إذا اختلفا في متاع البيت، وهو مما يكون للرجال والنساء. وقد قيل: إنه لا يد لها معه. فالقول قوله إذا اختلفا في متاع البيت، وإن كان ذلك من متاع النساء. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل تصدق على ابنه بمائة دينار، وأفرزها ثم تسلفها ومات الأب وهي عليه، قال: لا أرى لابن فيها حقاً.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضت والكلام عليها في أول رسم من السماع ومضى أيضاً في رسم طلق فلا معنى لإعادة فملكه ذلك.

ومن كتاب الأقضية من سماع أشهب وابن نافع عن مالك رواية سحنون

قال سحنون: قال لي أشهب وابن نافع: سئل مالك عن امرأة تصدقت على أبيها وأُمها بصدقة، ثم تتزوج، فتطلب ذلك، قال: ليس ذلك بشيء من المرأة المولاة، وذلك عليها رد. قال ابن نافع: ولو تزوجت ودخل بها زوجها، فأقامت سنتين أو أكثر من ذلك، ثم قامت بعد ذلك وقالت: لم أكن أعلم أن ذلك لا يلزمني، رأيت ذلك لها وتَحْلِف.

قال محمد بن رشد: قوله: إذا أقامت مع زوجها سنتين أو أكثر من ذلك تحلف، وكذلك يرد عليها ما تصدقت به على أبيها وأمها، يدل على أنه حكم لها بحكم الرشد والخروج من ولاية أبيها بمقامها عند الزوج سنتين أو أكثر. وهي رواية غراء أغفلها الشيوخ المتقدمون، وحكموا برواية شاذة، منسوبة إلى ابن القاسم، لا يعلم لها موضع أنها لا تخرج من ولاية أبيها ويحكم لها بحكم الرشد إلا بمقامها عند زوجها سبعة أعوام ورواية ابن القاسم عن مالك أنها لا تخرج من ولاية أبيها حتى تدخل فيها ويعرف من حالها، أي يشهد العدول على صلاح حالها، وفي ذلك اختلاف كثير، يتحصل فيها ثمانية أقوال وأما البكر التي لا أب لها فإذا دخلت بيتها وأقامت مع زوجها سنة واحدة، حكم لها، بحكم الرشد، وملكت أمرها، ما لم يعرف سفهها. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل مالك عمن اشترى مالاً فسئل أن قيل البائع منه، فقال: قد تصدقت به على النبي ثم هلك الرجل، ولم يوجد إلا قوله ذلك. قال: ما أرى هذا يقطع.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم البر، فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية الثاني

وسُئِل عمَّن نحل ولده نحلاً من غنمه، ووسمها لهم بأسمائهم، وليست لهم بينة إلا الرسم، وأنه ذكر ذلك عند موته، فقال: ليس ذلك بشيء إن لم يكن عليه البينة، أشهدهم في حياته وصحته، فأرى أن يجعل ميراثاً. وقد قال في الكتاب الذي فيه الوصايا والحج، في رجل نحل ابنه خيلاً ووسمها بوسمه، ثم تركها في خيل أبيه يركبها: إنه ليس له في ذلك شيء.

قال محمد بن رشد: قوله نحلة الرجل ولده عدداً من غنمه إذا وسمها ولم يشهد عليها في صحته حتى ذكر ذلك عند موته: إنها لا تصح له، وتكون ميراثاً، بين لا إشكال فيه؛ لأن الوسم يميزها من جملة غنمه، ولا يحقق النحل بها إلا إشهاده عليها. فإن وسمها وأشهد على نحلتها في صحته جازت له باتفاق. واختلف إن أشهد على أنه نحلة عدداً منها دون أن يعينها باسم أو سمة أو نحلة جُزءاً مشاعاً منها. هل تصح حيازتها له؟ فقيل: إنها تصح في الوجهين، وقيل: إنها لا تصح في واحد منهما، وقيل: إنها لا تصح في الجزء المشاع، ولا تصح في العدد المسفَى دون أن يعين باسم أو سمة، ولا اختلاف في ذلك من قول مالك. وقد مضى ذكر ذلك وتحصيله في رسم طلق من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب. هو في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الحبس فلا معنى لإعادته. وقوله: إن وسهما بوسمة، يريد: وشهد عليها ثم تركها في جملة خيله يركبها، إنه ليس له ذلك في شيء، يبين أن مذهبه فيما عدا الملبوس والمسكون كالملبوس والمسكون إن انتفع الأب بشيء من ذلك كله بعد الصدقة أو الهبة، كما كان ينتفع به قبل أن يهب أو يتصدق، وبطلت الهبة والصدقة، خلاف ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ، أن مساعدا المسكون والملبوس من الأشياء كلها بحيازة الأب إياها للصغير بالإشهاد عليها والإعلان بها كما جاء عن عثمان بن عفان. قالوا: وسواء كانت أرضاً فيحدثها أو

أكرادا أو منحها، أوثانت جناناً فاضل ثمرتها، أو أطعمها أو باعها باسمه، أو اسم ولده، أو كان غلاماً فخارجه لولده ولنفسه، أو إحتدمه، أو كانت دابة فركبها، أو حمل عليها، أو كانت ماشية فاحتسبها، أو أكل رأسها فاحترق بها أو درس عليها، أو مصحفا فقرأ فيه، أو قوياً فرمى عنها. هذا كله جائز، والصدقة ماضية. قال ابن الماجشون: وهذا الذي سمعناه من علمائنا وجميع أصحابنا، والذي مضت به أحكام حكامنا، وقول أسبغ في نوازله بعد هذا من هذا الكتاب. وأما ما أردت من اختلاف الغنم واحترام البقر، وخدمة العبيد إذا كانت الصدقة فيهم بأعيانهم، فإذا كان من ذلك الأمر الخفيف والأمر المخرج مرة للابن، ومرة للأب ومرة ينتفع هذا، ومرة ينتفع هذا ومرة بعض لهذا، فهذا جائز، وتكون حيازة وصدقة تامة. قولٌ ثالث في المسألة فتدبر ذلك. وقد تأول فضل عن ابن القاسم من رواية أصبغ عنه مثل قول مطرف وابن الماجشون، فقال: رأيت في كتاب ابن حبيب بخط يده في سماعه من رواية أصبغ عن ابن القاسم في صدقة البتول والحبس على ولده الصغار، أن حيازته لهم حيازة، وإن كان هو القائم بأمرهم، والناظر لهم في الكراء. أو أجنبي، ثمرة أو اغتلال، غلة. أو ما تحتاج إليه الصدقة من مرض أو إصلاح حين يبلغوا الحور، قال فضل: فقوله: أو جنبي ثمرة أو اغتلال غلة، أو ما يحتاج إليه، قريب مما في داخل الكتاب، وتأويل فضل عن ابن القاسم هذا، تأويل بعيد، كان الظاهر من قوله: إنه نجى الثمرة واحتل الغلة، لولده لا لنفسه، بدليل قوله، وإن كان القائم بأمرهم، والناظر لهم في كرا، أو جني أو احتلال. فقِفْ على ذلك وتدبره، وإنما أجاز ابن القاسم للواهب والمتصدق الانتفاع بما وهب أو تصدق، ولم يزد لك قدْحاً في حيازة الموهوب له أو المتصدق عليه في مثل الزوجين يهب أحدهما صاحبه الخادم التي يكون معها في المنزل، إذ لا يعذر الواهب على الانفصال من الانتفاع بما وهب أو تصدق، لكونه معه في منزل واحد بيد الموهوب له حسبما يأتي من قوله في رسم سلف في سماع عيسى. وقد مضى ذلك من قول مالك عليها مستوفًى في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم، ومضت المسألة أيضاً في سماع أشهب وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في الذي نحل ابناً له عبداً، فقال

النبي صلى الله عليه وسلم: " كلَّ وَلَدِكَ نَحْلت[1] ؟ قَالَ: لا. فقَالَ: ارْجِعْهُ ". فقال مالك: وذلك رأي؛ لأنه لم يكن له مالٌ غيره، قلت له: فإن لم يكن له مال غيره رفضه، فقال: إن ذلك لَيقال، ولقد قضى به في المدينة، فأما الذي ينحل ولداً دون أولاد وله مالٌ سوى ما نحل، فذلك جائز فلا بأس به. قد نحل أبو بكر الصديق عائشة، وقال فيه عمر وعثمان ما قالا، فلو كان هذا الحديثَ ما جهله أبو بكر ولا عمر ولا عثمان، ولكن في رأي لم يكن له مال عنده.

محمد بن رشد: قد مضى الكلام على هذه المسألة على رسم الشجرة من سماع ابن القاسم قبل هذا، وفي رسم نذر سنة، فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب الوصاية الذي فيه الزكاة والحج

وسمعته يسأل عمن نحل ولداً له خلاً فلم يحزها أحدٌ منهم حتى مات أبوهم، فقال: إن كان أشهد على ذلك وعرف النخل بعينه، فمن كان منهم صغيراً فذلك له، ومن كان منهم كبيراً قد بلغ الحيازة فلم يحز فلا شيء له، إلا أن يكون ضعيفاً لا يلي نفسه فذلك له، وما كان من جارية قد بلغت في حجر أبيها لم تبين فذلك أيضاً لها.

قال محمد بن رشد: قول مالك هذا: إن من كان منهم صغيراً فذلك له، ومن كان منهم كبيراً فلا شيء له، هو مثل قوله في رواية علي ابن زياد وابن نافع عنه في المدونة ومثل قول ابن وهب في سماع عبد الملك بعد هذا خلاف قول ابن القاسم في المدونة وفي رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الحبس.

قد مضى هناك ذكر هذا الاختلاف وتوجيهه مستوفى فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعته يسأل عن رجل تصدق على امرأته أو ابنه بالعبد وهو مسافر، والعبد في

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤١٠)، وأخرجه النسائي في سننه (٣٦٣١)، وأخرجه أحمد في مسنده (١٧٩٩٥)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٢٠٥)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٦٢٨٧)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٦٠٥)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١١٠٩٢)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٣١٧)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٦٠٠٦)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٣٩٠)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٦٢٣).

يد الذي تصدق به عليه على وجه الاختدام، فتصدق به عليه، ويشهد على ذلك شهوداً وهو مسافر، ثم يموت المعطى أو المعطى قبل أن يعلم المعطى الذي تصدق به عليه، فقال: إن كان أمره على وجه الإِنفاذ، وأشهد من يرى أنهم يبلغونها ذلك، أو يبلغون ابنه، فإن ذلك جائز، فأما أن يشهد بكذا من لا يعرف المرأة ولا الولد، ولا يكتب إليهما فمتى شاء، قال هذا لي، قد رجعت فيه، لا هي تعلم أن ذلك لها، ولا الشهود يعلمونها، فلا أدري ما هذا.

قال محمد بن رشد: وأمَّا إذا مات المُعطَى المتصدق عليه قبل المعطِي المتصدِّق، فورثته يقومون مقامه، وينزلون منزلته في القول أو الرد إذا علموا قبل موت المعطي المتصدِّق، وأما إن مات المعطي المتصدق، قبل موت المعطَى المتصدق عليه، وقد علم، فلم يقل: قد قبلت حتى مات المتصدق، فقول ابن القاسم في المدونة: إنه لا شيء له؛ لأنه لم ير سكوته مع كون الهبة بيد رضى منه بها، وقبولاً لها، وقول أشهب فيها: إنها له ندي وسكوته مع كون الهبة بيده رضى منه بها وقبولاً لها؟ فقال: إن كونها في يديه أحوز، وأما إن مات المتصدق قبل أن يعلم المتصدق عليه، فقول مالك في هذه الرواية: إن ذلك جائز له إذا كان أمره على وجه الإِنفاذ، وأشهد من يرى أنهم يبلغونه ذلك، فهو شذوذ؛ لأن ذلك يقتضي أن هبة الأموال لا تفتقر إلى القبول، وأنها تجب للموهوب له بنفس الهبة حتى لو مات الموهوب له قبل أن يعلم لورثت عنه، ولم يكن لورثته أن يردوها لا على وجه الهبة إن قبل ذلك الواهب، وهو بعيد، إنما يصح ذلك في الحُريَّة إذ قال الرجل لعبده قد وهبتك نفسك، أو قد وهبت لك عتقك، فهو حقّ قبل أولم يقبل، قاله في العتق من المدونة لأن الواهب في مثل هذا لم يهب لأن ينظر قبول من وهب له، كالأموال التي توهب، فإن قبلها الموهوب له، والا رجعت إلى الواهب، ولا اختلاف أحفظه في هذا سواء قول مالك الشاذ في هذه الرواية، ولو علم بالهبة ولم يُعلم منه قبول لها حتى مات الواهب لجرى ذلك على ما ذكرناه من اختلاف قول ابن القاسم وأشهب ويقول أشهب أخذ سحنون فقال لو وهب رجل لغريمه الغائب ما له عليه، وأشهد له، ثم مات الواهب قبل أن يعلم قبول الغائب أن الهبة جائزة، يريد وقد علم أنه قد علم بالهبة قبل موت الواهب.

فتحصيل القول هذه المسألة أن الرجل إذا وهب شيئاً هو في يده أو ديناً هو عليه، فإن علم في حياة الواهب وقبل، جازت له الهبة باتفاق، وإن علم ولم يقبَل حتى مات الواهب، جازت الهبة على قول أشهب، وبطلت على قول ابن القاسم. وإن لم يعلم

بالهبة حتى مات الواهب، بطلت الهبة باتفاق، لافتقار الهبات إلى القبول، إلا على هذه الرواية الشاذة، ولو وهب رجل شيئاً هو بيده لرجل غائب، فأخرجه من يده، وجعله على يدي من يجوز له الصلح له، وإن يعلم حتى مات الوالد، بخلاف إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له الغائب؛ لأنه إذا كان بيده بإذن الواهب، فكأنه في يد الواهب، حتى يعلم بالهبة، فيكون بعلمه بها جائزاً لنفسه، وإنما اختلف على قولين في الوصية، فقيل: إنهاتجب للموصي له بموت الموصى مع القبول بعد الموت، وهو المشهور المعلوم. وقيل إنها تجب له بموت الموصي دون القبول، وهو أحد قولي الشافعي. فعلى قوله: إن مات الموصي له قبل أن يعلم وجبت الوصية لورثته، ولم يكن لهم أن يردوها إلا على وجه الهبة لورثة الموصي إن قبلوا. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسمعته يسأل عن امرأة نحلت ابناً لها صغيراً غلاماً، وابنها معها وللابن أبٌ ومال، فلم يجزه الأب ولا الولي حتى ماتت الأم، أترى ذلك حوزاً؟ فقال: ذلك يختلف، أما الغلام الذي هو للخراج، فإني لا أرى ذلك للصبي فوزاً، وأما الغلام الذي إنما هو للخدمة يخدمه ويختلف معه، ويقوم في حوائجه، وهو في ذلك مع أُمه، فإني أراه فوزاً وأراه له حائزاً، وإنما ذلك عني بمنزلة الرجل نحل ولده الغلام، يكون معه يخدمه ويختلف معه إلى الكُتاب، وهو في ذلك مع أبيه، فيكون له حول وله حائزاً، فهذا مثله.

قال محمد بن رشد: وللابن أب وله ما فلم يجزهُ الأب ولا أخ ولا الولي، كلام ناقص، وكَما لهُ: وللابن أب أو لا أب له، وله مال في يد وليه، أي وصيه، فلم يجزه الأب إن كان له أب، ولا الولي إن لم يكن له أب وفي كتاب ابن المواز بإثر هذه المسألة، قال ابن القاسم وأشهب: إن لم تكلن الأم وصية فليست حيازتها حيازة على مال، ويجوز لهم السلطان، أو يولي عليهم أو بتخرجه الأم من يدها إلى غيرها، فتجوز لهم، فتكلم مالك في الرواية على الوجهين جميعاً على أن الصبي المنحول، له أو غير ساكن مع أم الصبي الناحلة، وعلى أنه لا أب له. وتكلم ابن القاسم وأشهب في كتاب ابن المواز على أن الصبي لا أب له. والمعنى في المسألتين سوف فلم يراع في الرواية كون العبد مع الأم الناحلة في منزل واحد، وراء الصبي. هو الحائز له باختدامه إياه صراعي ذلك ابن القاسم وأشهب، وغلباه على اختتام الصبي إياه فرأياها هي الحائزة له دونه، فلم يجيزا حيازتها له، إلا أن تكون وصية، وهو الأظهر؛ لأنه إنما يخدمها ويتصرف له بالأمر وتحت نظره لصغره، فهي الحائزة له، ولو كان كبيرا سفيهاً، لكان

قول مالك في الرواية أظهر. والله أعلم. لأن كون يدها مع العبد ومع السفيه الكبير، أضعف منها مع الابن الصغير، ولو كان صغيراً لا يعقل ابن سنة ونحوها لما جازت حيازة الأم له باتفاق والله أعلم. ولو كان الصبي منفردا بالسكنى وحده دون الأم، لكان حائزاً له باختدامه إياه، وكونه معه قولاً واحداً. وكذلك لو كان كبيراً تسفيهاً منفرداً بالسكنى وحده دون أُمه الناحلة، ولو كان الأب ساكناً مع الأم، لكان هو الحائز باتفاق. وأما العبد الذي هو للخراج، فلا إشكال في أنه لا يحوزه له عن أُمه إلا الأب.

ومن كتاب الأقضية الأول

قيل لمالك: أرأيت الذي يهب هبته، ثم يأتي يطلب ثوابها، فيقول: قد أثبتك؟ قال: عليه البينة أنه قد أصابه وإلا حلف الواهب ما أجابه قال: إنه لم يشهد على الهبة، فقال: هو مثل البيع، يقول: بعتك هذا الثوب فيقول: نعم، ولكني وفيتك ثمنه، فعليه البينة أنه قد وفاه، وإن لم يكن لصاحب الحقّ على أصله بينة. قال: وقد سألت اليوم عمن وهب شاتين منذ أربعة أشهر، ثم جاء اليوم يطلب الثواب، فيقول: قد أثبتك، ولا بينة بينهما. فقلت: يحلف صاحب الشاتين على المنبر ما أصابه هو، مثل البيع.

قال محمد بن رشد: في بعض الكتب في هذه الرواية: عند المنبر وفي بعضها على المنبر فأما ما في منبر النبي صلى الله عليه وسلم، يحلف عليه؛ لأن أحداً وقد قال النبي عليه السلام: " مَنْ حَلَفَ عَلَى مِنْبَري إثماً تَبوَّأ مَقْعَدَهُ مِنَ النارِ " فقال صلى الله عليه وسلم: فيه على ولم يقل عندي وأما سائر المنابر في جوامع الأمصارَ فإنما يحلف الحالف عندها، لا عليها، لأن الحُرمة إنما هي لموضعها لا لها، بدليل أنه لو دار المنبر عن موضعه لِإصلاح شيء فيه، لما حلف الحالف إلا في موضعه، لا عنده، بخلاف منبر النبي عليه السلام في هذا وسافر المسألة يبين، لا يفتقر إلى كلام؛ لأن الهبة للثواب بيع من البيوع، وقد أحكمت السنة في التداعي فيها أن البينة على مر ادعى، واليمين على من أنكر؛ لأن الهبة للثواب، إذا طالت مدتها حتى يرى أن الواهب قد ترك الثواب، لم يكن له ثواب، بخلاف البيع؛ لأن طريقها المكارمة لا المكايسة.

وقد مضى ذلك في رسم حلف ألا يبيع سلعة سماها. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية الرابع

وسئل مالك فقيل له: إن امرأة دعتنا فأشهدتنا على رقيق لها أنهم صدقة على ابنتها، وكتبنا شهادتنا على أنه أمانة عندنا بأمانة الله، لا نشهد بها أبداً ما دامت حية حتى

تموت، فشهدنا على ذلك، وكتبناها، فاحتاجت إلى تلك الشهادة ابنتها التي كانت الصدقة عليها، أترى لنا أن نقوم بها؟ قال: أراها قد قالت لكم: لا تشهدوا بها حتى أموت، وهذه الشهادة لا تنفع ابنتها، فقيل له: لا تدفع ابنتها. قال: نعم، لا تنتفع ابنتها.

قال محمد بن رشد: تكررت هذه المسألة في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب من كتاب الشهادات، والله الموفق.

مسألة:

وسُئِل عمَّن تصدق بدار له على مواليه وأولادهم، وأولاد أولادهم ما بقي منهم أحد، فإذا انقرضوا فمرجعها إلى ولده، فلم تزل كذلك حتى لم يبق منها إلا رجل واحد، فعمد إليه بعض الذين إذا مات المَوالي رجعت إليهم من ورثة المتصدق، فتكاراها منه عشرين سنة، فقام ورثة المتصدق، فقالوا: لا نجيزُ هذا نخاف أن يموت هذا المولى في عشرين سنة، فتقوم علينا بحيازتك، فقال مالك: إن هذا المولى إذا مات في السنتين وانفسخ الكراء، ولقد أكثر هذا في السنين، فقيل: أجل، إنه إذا مات في السنين انفسخ الكراء، ولكنه شابٌّ وهم يخافون طول حياته وطول حيازة هذه الدار، إذا تكاراها عشرين سنة، قال: فليكتبوا عليه بذلك كتاباً ويتوثقواعليه فيه.

قال محمد بن رشد: أجاز في هذه المسألة اكتراء الدار عشرين سنة، من الذين صارت إليه بالتحبيس من عقب الموالي، والكراء ينتقض بموته؛ لأنها حبس عليه لا حقّ له فيها إلا ما دام حياً. ومعنى ذلك: ما لم ينقد لأنه إن نفذ فمات انتقض الكراء، فرجع إلى المشتري كراء ما بقي من المدة، فكان سلفاً منه، وقيل: إن الكراء لا يجوز إلى مثل هذه المدة الطويلة، وإن لم ينقد وهو ظاهر ما في من المدونة فيمن أوصى له خدمة عبد حياته، إنه لا يجوز له أن يكفيه إلا الأمد القريب: السنة والسنتين والأمر المأمون الذي ليس ببعيد، ولم يفرق بين النقد وغيره، ففي القريب، يجوز الكراء بالنقد وبغير النقد، على ظاهر ما في المدونة لابن المواز، ويحتمل أن يحمل ما في المدونة من إجازة الكراء على الأمد القريب على ألا ينقد، فالكراء في القريب يجوز بغير نقد باتفاق، وفي البعيد لا يجوز بالنقد. ويختلف هل يجوز بغير النقد في البعيد، وبالنقد في القريب؟ على قولين. وقد نص على ذلك في كتاب ابن المواز. وقع فيه بإثر هذه المسألة. قال مالك: لا يدفع في كرائها، ولكن. يكريها قليلاً قليلاً، وكذلك قال عبد الملك، إلا أنه قال: السنة والسنتين. ونحن لا نرى بأساً ما لم يقع النقد ألا في مثل السنة والسنتين. فإن وقع الكراء في السنين الكثيرة، على القول بأنه لا يجوز ذلك، فعثر على ذلك، وقد مضى بعضها، فإن كان الذي بقي يسير لم يفسخ، وإن كان كثيراً فسخ

له. قاله في كتاب محمد ولم ير في الرواية حجة للقائم من الورثة على المشتري فيما ذكره، من طول الحيازة؛ لأنها غلة ترتفع بالإشهاد كما ذكره. وذلك معارض لما في أول رسم من سماع أشهب، من كتاب الأقضية في الذي يكون له الممر في حائط الرجل، إنه ليس له أم يحظره، وإن لم يجعل عليه باباً لئلا يطول الأمر فينسى حقه. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الوصايا الذي فيه الحج والزكاة

وسُئِل عمَّن يهب الجارية لامرأته فيدفعها إليها، ويشهد لها عليها، فتكون عندها على حالها تخدمها وتخدمه على نحو ما تخدم الخادم زوج سيدتها. أترى ذلك منها حوزاً؟ فقال: إن هذا أإلى الضعف ما هو. قيل له: قد أشهد لها عليها ودفعها إليها وإنما تخدمها وتخدمه، على نحو ما تخدم الخادم زوج سيدتها. قال: أرأيت لو وهبت هي لزوجها خادماً وأشهد له عليها، أو متاع بيتها ثم أقام على حاله بأيديهما تنتفع به على نحوهما تنتفع به بخادم زوجها وبمتاعه الذي هو في بيتها أيكون له ذلك إذا ماتت؟ ما هذا بمستقم ولكن لو خير ذلك وأخرج من ماله التي هو عليها.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم اغتسل من آخر سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته. وبالله التوفيق.

ومن كتاب
مسائل بيوع من كراء

قال وسئل عن الذي يهب ثمن حائط هذه السنة ثم يريد أن يبيع أصل الحائط من رجل آخر، فقال: لا يصلح أن يبيعه ما لم تؤبر الثمرة، ولو باعه بعد أن تؤبر لم يكن له بأس.

قال محمد بن رشد: لابن القاسم في رسم الصلاة من سماع يحيى بعد هذا إن ذلك لا يجوز، إلا أن يبيع الأصل في دين رهنه إذا أُلجئ إلى ذلك من فلس، وهو مثل قوله في المدونة: إن الغرماء إذا أقاموا على صاحب الحائط البينة فلهم أن يضعوا الحائط. والمساواة كما هي، إذ لا فرق بين أن يكون ثمر الحائط أو بعضه قد وجب قبل بيع الحائط لغير ربّ الحائط بهبةٍ أو بماساقاة وقد روى أشهب عن مالك إجازة بيع الحائط مساواة والعامل فيه لم يذكر تفليساً ولا غيره، فهي مسألة فيها ثلاثة أقوال: أحدها إن ذلك لا يجوز في فلس ولا غيره؛ لأن ذلك بمنزلة ما لو باع حائطه واستثنى ثمرة قبل الإبار أو قبل الطلوع وهو نص قول غير ابن القاسم في مسألة المساواة في

المدونة إن لم يجز ذلك في الفلس فأحرى لا يجيزه في غير الفلس والثاني: إنَّ ذلك جائز في الفلس وغيره؛ لأن البائع لم يشْتثن الثمرة لنفسه، فيكون باستثنائها كأنه اشتراها، وإنما علم بوجوبها لغيره، فهو عيب تبرأ منه في بيعه والثالث الفرق بين الفلس وغيره، وهو قول ابن القاسم في سماع يحيى في مسألة الهبة وقوله في المدونة في مسألة المساواة وكان سحنون فيما حكى عنه ابن عبدون، يستحسن قول غير ابن القاسم، في أن ذلك لا يجوز، في فلس ولا غيره؛ لأنه من بيع الأصل، واستثناء ثمرته، ثم رجع إلى قول ابن القاسم ورثه من جنس الضرورة؛ لأن أصحابنا يجوزون عند الضرورة من البيع، ما لا يجوزونه عند غير الضرورة، والذي أقول به: إن ذلك جائز في الفلس وغيره لأن بيع الحائط واستثناء ثمرته قبل أن توبر إنما لم يجز على قياس القول بأن المستثني بمنزلة المشتري لأنه يصير كأن ربّ الحائط قد باع حائطه بما سمى من الثمن وبالثمرة التي استثناها، وهذا لا يتصور إذا كانت الثمرة قد وجبت قبل بيع الحائط لغير ربّ الحائط، وعدم علة المنع، توجب الجواز، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية الثاني

قال أشهب: وسمعت مالكاً وسئل عن مولى عليه موسع عليه تصدق على أمه بإذن وليه بدار له حياتها، ثم مرجعها إليه وإلى ولده، قال: ما أرى ذلك له، فقيل له: فكيف الأمر في ذلك؟ وقد شهِدنا عليه بإذن وليه، هو أتانا بذلك، وسألنا، فقال: سلوهم أن يمحوا شهادتكم، فإن أبوا، فارفعوا ذلك إلى الناظر حتى يجيزه أو ينقضه، كيف تشهدون على مثل هذا وأنتم قوم تطلبون العلم وتنظرون فيه؟

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة لأن الوصي لم يقدم على اليتيم إلا ليحوز عليه ماله، ويمنعه من إبذاره وتلافه بالهبات والصدقات، وشبه ذلك.

وقوله: فإن أبوا فارفعوا ذلك إلى السلطان حتى يجيزه، معناه: حتى ينظر في أمره، فإن بان له رشده أمضاه وكفى من الدليل على بيان المسألة توبيخ مالك لمن قصر فهمه عن إدراك معناها وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِل عمَّن تصدق على أخ له بعبدٍ صدقة بتْلاً على أنه إن مات فالعبد إليه ردٌّ وإن مات المتصدق قبلُ فالعبد لك بتْلاً.

قال مالك: ففيهما مات قبلُ؟ فقيل: المعطِي. فقال: ما أراه إلا راجعا إلى المعطي لأنه كأنه أعطاه ذلك حياته.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال لأن أول قوله مرتبط بآخره، فليست بصدقة

مبتلة، بما شرط عليه فيه، من أنه إن مات قبله فهي عليه رد؛ لأن ذلك يقتضي ألا يكون له فيها تفويض ببيع ولا بغيره، ما دام المتصدّق حياً حتى يموت، قبلَ أمرُها إلى أنه أوصى له بها بعد موته، وعجل له الانتفاع بها طول حياته، فوجب إن مات المتصدق عليه، فله أن يرجع إليه كما شرط، وإن مات المتصدق قبله بثلث له من ثلثه، على معنى الوصية إن كان غير وارث كذلك قال ابن نافع فيها: إنه إن مات المعطَى قبل نظر، فإن كان الأخ وارثاً لم يجز له ما صنع، وكان مردوداً، يريد: إلا أن يجيز ذلك الورثة، وإن كان الأخ غير وارث جاز ذلك في الثلث. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية الثالث

وسئل عن رجل تصدق بدار له أو حائط على ولده وولد ولده صدقة بتْلاً لا مثوبة فيها ولعقبهم فمات ولده كلهم، ولم يتركوا إلا بنتاً لبعض ولده الذكور، فأرادت أن تبيع، فقال: ماذا لها؟ فقيل له: إنه لم يجعل حبساً إنما قال: صدقة بتْلاً لا مثوبة فيها، فقال: هذه أراها لهم يبيعونها في ديْنهم، فقيل له: إنه جعلها لهم ولأعقابهم، قال: ليس لهم أن يبيعوها، فقيل له، فقد ماتوا كلهم، حتى لم يبق منهم إلا امرأة واحدة، فأرادت أن تبيع، ولم يجعل ذلك حبساً أترى لها ذلك؟ قال: نعم، في رأي أرى ذلك لها. هذا إنما جعلها لهم، ولم جبسها فالبنت تبيع؛ لأن ولدها ليس بعقب، وليس لها في هذا حق. والولد الذكر ليس له أن يبيع لأن ولده عقب.

قال محمد بن رشد: قد قيل: إنها ترجع بمرجع الأحباء، ولا يكون لآخر العقِب ملكاً قال ابن عبدوس: وهو قول أكثر أصحابنا، ومثله في المدونة لبعض رجال مالك، إلا أن يقول: وهو لِآخِرِ العقِب ملْكاً، فيكون ذلك كما قال. وتخْرُج المسألة من الاختلاف، وهي في كتاب ابن المواز قال: إذا قال: داري محبطة على ولدي وعقبهم وهي الآخر منهم بطلاً. قال: تكون كذلك الآخر منهم بتلاً، وهي قبل ذلك محبطة، إلا أن يمضي للآخِر وسواء قال: هي الآخر، أو قال: هي الآخر، فإن كان أحدهم امرأة باعت إن شاءت، أو صنعت ما شاءت قد صارت مالها، وإن كان رجلاً ممن يرجى له عقب حبست ولم تبع، فإن مات قبل أن يولد له ولد، كانت ميراثاً للورثة لأنه حين مات تبين أنها كانت له. وبالله التوفيق.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصدقات والهبات الثاني

من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم

من كتاب نقدها نقدها

قال عيسى: وسئل ابن القاسم عن رجل صالح مالك لأمره تصدق على آخر مثله بميراثه من أبيه إذا مات والأب باق أيجوز هذا؟ فقال: لا أرى أن يجوز هذا، قال ابن القاسم: ولا أقضي به عليه، وهو أعلم؛ لأنه أمر لا يدري قدره، ولا يعلمه، لا يدري كم يكون ألف دينار؟ فلا أدري ما هو؟ وهو أعلم.

قال محمد بن رشد: قوله: لا أرى أن يجوز هذا، معناه لا أرى أن يجوز هذا عليه، أي لا يلزمه، إذ ليس بأمر يجب رده وفسخه لفساده، يبين ذلك قوله بعد ذلك: ولا أقضي به عليه، وهو أعلم؛ لأنه أمر لا يدري قدره، ولا كم يكون؟ فإنما قال: إن ذلك لا يلزمه، من أجل أنه لم يدر قدره مما وهب، ألا من أجل أنه وهب مالك يملك، إذ لم يهبه اليوم، فيكون قد وهب ما لم يملكه بعد، وأنما أوجب ذلك على نفسه يوم يموت أبوه، فيجب له ميراثه، كمن قال: إن ورثت فلاناً واشتريته فهو حرّ، يلزمه ذلك، بخلاف قوله: هو اليوم حرّ، وقوله في هذه الرواية: إن ذلك لا يلزمه خلاف ما يأتي من قوله في رام- الأقضية والحبس من سماع أصبغ: من ذلك يلزمه، إلا أن يقول: كنت ظننت أنه يسير، ولو علمت أنه بهذا القدر ما وهبته، ويشبه ذلك من قوله: فيحلف على ذلك، ولا يلزمه، فاتفقت الروايتان جميعاً على أن الواهب لميراثه في مرض الميت، ليس بواهب لما لم يملكه بعد، انما هو واهبٌ له إذا ملكه بقوله المتقدم قبل أن يملكه، واختلفا في هل يلزمه إذا مات قوله بقوله المتقدم قبل أن يملكه، واختلفا في هل يلزمه إذا مات قوله المتقدم قبل أن يموت؟ فقال في هذه الرواية: انه لا يلزمه إذا لم يدر يوم أوجبه على نفسه، كم يكون يوم الموت؟ وقال في رواية أصبغ: أن ذلك يلزمه، ألا أن يقول: لمن أظن أنه يكون هذا المقدار؟ فيحلف على ذلك، ولا يلزمه ومن أهل النظر من ذهب إلى معنى رواية أصبغ أن الصدقة كانت بعد موت الأب، ولذلك ألزمه

الصدقة، ألا أن يقول: لم أظن أن ميراثي منه مبلغ هذا المقدار، فيحلف على ذلك ولا يلزمه، خلاف الرواية التي قال فيها: إنه يصدق والأب باقٍ، وقال: من الصدقة إذا كانت والأب باق، فهي غير جائزة على ما قال في هذه الرواية. قال: وهو الذي يأتي على مذهبه في آخر الوصايا الثاني من المدونة لأن الوارث لا يملك ميراثه في مرض الموت، فيجوز عليه فيه هبته، وإنما الذي له في مرضه التحجير عليه في أن يوصي بكثر من ثلثه، أو يوصي لبعض ورثته. فهذا الذي إذا أذن له فيه لزمه على ما قاله في المدونة، وأما أن يهبه هو لأحد فلا. قال: وفي الموطأ ما يدل على أنه لا يجوز للوارث أن يهب ميراثه في مرض موثقة، وليس ذلك عندي صحيح، بل الذي في الموطأ أن هبة الوارث بميراثه في مرض الموروث جائز لازم، وليس في المدونة عندي ما يخالف ذلك، ولا في هذه ورواية؛ لأن حمل بعضها على التفسير أيضاً نص على خلاف ذلك لاحتمال أن يريد أن الصدقة وقعت في صحة الموروث قبل مرضه، وهذا أولى ما حملت عليه حتى تتفق الروايات؛ لأن حمل بعضها، أولى من حملها على الخلاف، فقوله على هذا: انه إذا وهب ميراثه في صحة الموروث، لم يجز عليه، وإن كلام له أن يرجع عنه على معنى هذه الرواية، ولا نص خلاف في ذلك، وإنما يدخل فيه الخلاف بالمعنى، إذ لا فرق في حقيقة القياس في ذلك بين الصحة والمرض. وإذا وهب ميراثه في مرض الموروث الذي مات منه لزمه، ولم يكن له أن يرجع عنه، إلا أن يتصدق به، وهو بظنه يسيراً فينكشف له أنه كثير، فيحلف على ذلك، ولا يلزمه على ما قاله في رسم الأقضية والحبس من سماع أصبغ، ولا نص خلاف في ذلك، أن جوازه بيّنٌ في الموطأ ويدخل في ذلك الخلاف على ما حكيته عن بعض أهل النظر، فيتحصل في جملة المسألة ثلاثة أقوال: الجواز في الصحة والمرض، وعدم الجواز فيهما والفرق بينهما.

وقد مضى هذا في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الشهادات.

وأما إذا وهب ميراثه من أبيه بعد أن مات أبوه، فذلك جائز باتفاق، وإن كان لا يعرف قدره لأن هبة المجهول جائز، قال في المدونة وإن لم يدرك كمْ مورثهُ إن كان سدساً أو ربعاً أو خُمساً؟ ومثله لأشهب في كتاب ابن المواز وقال محمد بن عبد الحكم: تجوز هبة المجهول، وإن ظهر له أنها كثيرة بعد ذلك. وقول محمد بن عبد الحكم، خلاف قول ابن القاسم في رسم الأقضية والحبس من سماع أصبغ، إذ لا فرق في الصحيح من التأويل بين أن يهبه في مرض أبيه أو بعد موته، وقد قال بعض

المتأخرين على معنى ما في المدونة: إنه إذا عرف قدر الميراث، فالهبة جائزة عرف نصيبه من ذلك أو جهله، وإذا جهل قدر الميراث، فالهبة باطل، عرف نصيبه من ذلك وجهله، وإذا جهل قدر الميراث، فالهبة باطل، عرف نصيبه من ذلك أو جهله، وهذا غير صحيح، لا فرق في حقيقة القياس، بين أن يجهل قدر المال أو قدر نصيبه منه، إذا جهله جملة ينبغي أن يجوز في الوجهين جميعاً إلا أن يكون ظن أن ذلك أقل مما انكشف في الوجهين، فيحلف على ذلك، ولا يلزمه على قول ابن القاسم، ويلزمه على قول محمد بن عبد الحكم. وأما إن شك فيها بين الجزءين، مثل أن يكون الزوج لا يدري أن كان يرث النصف أو الربع، فيكون للتفرقة بين ذلك وبين الذي يجعل قدر المال وجهٌ، وهو أن الذي يشك فيما بين الجزءين، قد رضي بهبة أكثرهما، فوجب أن يلزمه، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله أول عبد استأذن سيده في تدبير جاريته

قال وسئل مالك عن امرأة هلكت وتركت أباها وابنها وابنتها وزوجها وهو أبوهما، وتركت متاعاً وحلياً وصداقاً، فأراد أن يتصدق أبوها على الصبيين فقال لأبيهما: إن تصدقت بمصابك من امرأتك، فيما لها عليك من الصداق، وفي حليها وفي متاعها، وجميع ما تركت على ولدك منه، فمصابي منها في جميع ما تركت صدقة عليهما، فقال أبوهما: نعم، قد تصدقت بجميع مصابي منها عليهما وأشهد لهما بذلك، فمات الجد والأب، والصبيان طفلان، والمتاع والحلي وجميع ما تركت في أيد أبيهما، والصداق عليه كما هو، قال ابن القاسم: أما المتاع والحلي وما تركت هو الصداق الذي عليه، فهو لهما؛ لأن لو فرز أبيهما لهما حول، وأما الصداق، فليس لهما منه شيء، لا من مصابة جدهما، ولا من مصابة أبيهما؛ لأن الجد إنما تصدق عليهما، على أن يتصدق أبوهما عليهما، فإنه لم يتصدق أبوهما عليهما، فليس لهما من صدقة جدهما شيء؛ لأن أباهما لم يُفرز لهما من صدقة الصداق، إذ لم يفرز لهما ذلك، ويجعله لهما على يد غيره؛ لأن الأب إذا تصدق على ولده بناء دنانير أو دراهم لم تجز صدقته إلا أن يجعل ذلك على يدي غيره، فإذا لم يجعل ما عليه من الصداق بيد غيره، فلم يتصدق عليهما منه بشيء، ولم يقدر لهما شيئاً، فلا شيء لهما من الصداق، لا من مصابة أبيهما، ولا من مصابة جدهما، قال ابن القاسم: ولو كان الصداق الذي عليه عرض موصوف، لم يجز لهما منه أيضاً شيء ليتصدق عليهما بعبد موصوف أو سلعة موصوفة، ليست بعينها ثم مات

قبل أن يحوزها لهما لم يجز لهما منه شيء، إذا كان الموصوف عليه نفسه، مثل أن يقول: قد تصدقت على ابني بعبدٍ من صفته كذا وكذا، فلا يجوز. ولو كان لأبيه على رجل أجنبي عبد موصوف، فتصدق على ابنه، جازت صدقته، قبضها الأب أو لم يقبض- حتى مات.

قلت: أرأيت إذا تصدق عليه بدنانير له على رجل فقبضها الأب قبل أن يموت، ثم مات وهي في يديه؟ فقال مالك: الصدقة له جائزة، وتؤخذ من ماله، إذ لأنها قد خرجت مرة حين كانت على الغريم.

قلت: وكذلك لو تصدقت على ابن بمائة دينار، فوضعتها له على يدي رجل، ثم أراد الرجل سفراً لو مات فأخذتها منه ثم مات. وهي في يده أكانت له؟ قال: نعم، هي له تؤخذ له من مالها إذا حيزت له مرة واحدة، فقد حيزت، لا يبالي قبضها الأب بعد ذلك أو لم يقبضها وهي بمنزلة الدار، يتصدق بها على ولده، فيحوزها عنه السنتين أو الثلاثة، ثم يسكن بعد ذلك فيها بكراء أو غيره، ثم يموت، فالصدقة جائزة للذكر، وكل صدقة حيزت مرة فهي جائزة.

قال محمد بن رشد: أما إذا تصدق على ولده بحظه الذي يجب له بالميراث من الصداق الذي عليه لزوجه، عيناً كان أو عرضاً، فلا اختلاف في أنه يجوز للابن إذا مات الأب وهو عليه كما هو، إذ لا يكون جائزاً لابنه ما هو في ذمته لو قال: أُشهدكم أني قد وهبت لابني كذا وكذا ديناراً أوجبتها له في ذمتي لم يجز ذلك، وكانت باطلاً إذا مات وهي عليه قبل أن يحضرها. وأما قوله: إن ذلك لا يجوز للابن حتى يجوز ذلك ويجعله لهما على يد غيره؛ لأن الأب إذا تصدق على ولده بناض دنانير أو دراهم، لم تجز صدقته، إلا أن يجعل ذلك على يدي غيره، فهو مثل ما تقدم من قوله في رسم طلق من سماع ابن القاسم، ومثل أحد قولي مالك فيه، ومثلُ قوله في أول رسم من السماع المذكور، خلاف قول مالك في الموطأ، وخلاف ما ذهب إليه أصحابنا المدنيون، من أنها جائزة للابن إذا عزلها وطبع عليها، وإن لم يضعها له على يدي غيره، وقد مضى بيان ذلك في الرسمين المذكورَيْن من سماع ابن القاسم. ولا اختلاف فيما ذكره من أنه إذا تصدق على ابنه الصغير بالدين يكون له على رجل فقبضه، أو بالدنانير فوضعها على يد غيره، ثم قبضها منه عند سفره، أو من ورثته بعد موته، إنها جائزة للابن تؤخذ له من ماله بعد وفاته، كالدار إذا تصدق بها على من يحوز لنفسه، يحوزه إياها ثم رجع بعد مدة أقلها العام إلى سكناها. كذا قال في رسم أوصى بعد هذا: إن حبذ ذلك السنة

وما أشبهها، فوقع في بعض الكتب أيضاً في هذه الرواية؟ فيحوزها عنها السنتين أو السنة، وهو مثل ما في رسم أوصى، ولا يشترط في الدين الذي يتصدق به على ابنه ثم يقبضه أن يبقى على الذي هو عليه بعد الصدقة حولاً كاملاً؛ لأنه لم يزل محوراً عنه. وأما الدنانير التي كانت بيده فتصدق بها جملي ابنه، ووضعها له على يدي غيره ثم قبضها منه، فذلك عندي كالدار، إن قبضها منه باختياره لغير عذر من سفر أو موت قبل الحول، بطلت الحيازة، وكذلك الدار، لو رجع الأب إلى سكناها قبل الحول لعذر، مثل أن ينتقل الابن عن البلد قبل الحول، أو يكون غائباً حين تصدق عليه، فيضعها أي على يدي غيره، فيموت أو يسافر قبل الحول. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسألته عن الرجل يتصدق بعبدٍ لابنه، أو يهبه أو يعتقه أو يتزوج به ولا مال له. قال مالك: أما الهبة والصدقة فلا تجوز، إن كان له مال، وأما العتق فإن كان له مال وكان في ولايته، فالعتق جائز، وللولد قيمته في مال أبيه، فإن كان ولد قد حاز نفسه، وبان منه، فلا يجوز عتقه، وأما التزويج فإنه جائز للمرأة، دخل بها أو لم يدخل، إن كان ولد يليه، وكذلك سمعنا مالكاً يقول: ذلك جائز، ولم يقل دخل بها أو لم يدخل، ووجدناه في مسائل عبد الرحيم، فإن لم يكن الأب فقال حين أعتقه، لم يجز عتقه إلا أن يتطاول ذلك.

قال محمد بن رشد: فرق ابن القاسم، بين أن يعتق الرجل عبد ابنه الصغير، أو يتزوج أو يتصدق به فقال: إن العتق ينفذ إن كان موسراً ويغرم القيمة لابنه، ويرد إن كان محدماً إلا أن يطول الأمر فلا ترد القيمة، قال أصبغ: لاحتمال أن يكون حدث له في خلال ذلك يُسرٌ لم يعلم به. وأما إن علم أنه لم يزل عديماً في ذلك الطول، فإنه يرذل، وقال: إن الصدقة ترد، موسراً كان أو معدماً فإن تلفت الصدقة بيده المتصدق عليه بأمر من السماء، لم يلزمه شيء، وغرم الأب القيمة وإن فاتت بيده باستهلاك أو أكل، والأب عديم، لزمه غرم قيمتها، ولم يكن له على الأب رجوع، فإن كان عبداً فأعتقه مضى عتقه، وغرم الأب قيمته، إن كان له مال، فإن لم يكن له مال، رد عتقه، إلا أن يتطاول ذلك، بمنزلة إن أعتقه الأب، وإن كانت جارية فاتخذها المتصدق عليه أُم ولده، لزمته إن لم يكن للأب مال، بمنزلة ما فوت باستهلاك أو نكل، هذا الذي يأتي في هذا على مذهب ابن القاسم في القسمة من المدونة. ولا أحفظ له فيه نصا. وقال مطرف وابن الماجشون: إن كان تصدق الأب بمال ولده، وهو مؤخراً ومعسر، ثم أيسر، غرم القيمة،

ومضت الصدقة للمتصدق عليه، فإن فإنْ أعسر بعد ذلك ولم يوجد له مال، وكان المتصدق عليه نقد أفات الصدقة بعتق أو اتخاذ أي أكل أو استهلاك، غرم القيمة واتبع بها الأب، وإن كانت قد فاتت عنده بأمر من السماء، لم يكن عليه شيء، وإن كان الأب تصدق به وهو معسر فاتصل عدمه، وقد أفات المتصدق عليه الصدقة غرم قيمتها، ولم يكن له على الأب رجوع؛ لأنه فعل ما لا يجوز. وقال في التزويج: إن المرأةَ أحقق به، دخل بها أو لم يدخل، موسعاً كان الأب أو معسرا، ويتبع الابن أباه بقيمته. قال في رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب النكاح: يوم أخذه وأصدقه وامرأته تريد يوم تزوج عليه. لا يوم دفعه؛ لأنه بيع من البيوع، كذا قال ابن القاسم في غير هذا الكتاب. فظاهرهُ وإن لم تقبضه المرأة. وروى أصبغ عن مالك وابن القاسم أن الابن أحق به من المرأة ما لم تقبضه المرأة، ما لم يطل في يديها بعد القبض، وأما إن قام بعد القبضة، باليوم واليومين، والأمرِ القريب، فهو أحق به، ويكون كالاستحقاق، وتتبع المرأة الأب بقيمته، وسواء على ما ذهب ابن القاسم الذي نص عليه في هذه الرواية، دخل الأب بالمرأة أو لم يدخل بها، وفرق مطرف بين أن يدخل بها أولاً يدخل ورواه عن مالك، وقال ابن الماجشون: الابن أحق، دخل الأب أو لم يدخل، قبضت الزوجة أو لم تقبض، طال الأمر أو لم يطُل، وهذا الاختلاف إنما هو إذا كان الأب معسراً، وأما إن كان موسوي، فالزوجة أحق قولاً واحداً وحكم ما باعه الأب من مالِ ولده الصغير في مصلحة نفسه، أصحابا فيه، حكم ما وهبه أو تصدق، يفسخ في القيام، ويكون الحكم فيه في الفوات على ما ذكرته في الهبة والصدقة، غير أنه إذا عدم يرجع على الأب بالثمن، وأجاز أصبغ فعل الأب كله في مال ابنه من الهبة والصدقة والعتق والإصداق في القيام والفوات، في العسر واليسر، لقول النبي عليه السلام " أَنْتَ وَمَالُكَ[1]

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٦٧)، وأخرجه ابن ماجه (٢٢٨٣)، وأخرجه أحمد في مسنده (٦٥٠٢)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٤٣٥١)، وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢١٣١)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٤٤٨٣)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٤١٩٤)، وأخرجه البزار في مسنده (٣٠٥)، وأخرجه أبو بكر البزار في البحر الزخار (٤٥٥)، وأخرجه الطبراني في مسنده (٣٩٢٤)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٦١٣١)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٢٠٩٥)، وأخرجه الطبراني في المعجم الصغير (٢)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٥٧)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٩٨٨٣)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٦٣٣).

لِأبيكَ " فعلى ظاهر الحديث، لا فرق بين الصغير والكبير، وهو قول أشهب في رواية ابن أبي جعفر عنه، سئل عن الرجل يتزوج بمال ابنه أو يعتق أو يهب أو بيع، قال: إن كان موسرا يوم فعل، فذلك جائز، وإن كان معسراً لم يجز، يعد وأخذ الابن ماله، كان الابن صغيراً أو كبيرا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أَنْتَ وَمَالُكَ لأبِيكَ ".

ومن كتاب العرية

في الذي يتصدق بثلثي غنمه على ابنه. قال: ولا يسأل ابن القاسم وسئل عن رجل قال: غنمي ثلثاها لابني صدقة عليه، وثلثها صدقة في سبيل الله. فأقامت في يديه زماناً، ثم عدا عليها فباعها، ثم مات، وابنه صغير في حجره. قال: صدقة الابن ثابتة، يأخذها من ماله، وأما الثلث الذي سمى في سبيل له، فهو لا شيء ولا شيء في ذلك من مال الميت؛ لأنه لم يخرجه حتى مات. وأما صدقة الابن فهي جائزة له؛ لأنه هو الحائز له.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم من خرجت من سماع عيسى من كتاب الحبس، فاكتفيت بذلك عن إعادته ها هنا وستأتي المسألة أيضاً في أول رسم من سماع أصبغ بعد هذا من هذا الكتاب.

المسألة:

وقال في رجل تصدق على رجل بثمن حائطه سنة، فيموت المتصدق عليه قبل السنة، هل يكون لورثته؟ أو يكون تصدق على رجلين فيموت أحدهما قبل أن تؤبر النخل، أو بعدما أبرت هل ترى الموروثة شيئاً؟ قال ابن القاسم: ذلك لورثتهما جائز للرجلين جميعاً، الذي سألت عنه، وأما الذي لا يكون لورثتهما شيء، إنما ذلك فهي إذا مات أحدهما قبل أن تطيب، وكذلك. قال مالك.

قال محمد بن رشد: أما الثمرة المتصدَّق بها صدقة مبْتُولة، فلا اختلاف في أنها تورث عن المتصدِّق ومن مات قبل أن تؤبر الثمرة، أو قبل أن تطلع وأما الثمرة المحبسة على قوم بأعيانهم، فقد اختلف في الحد الذي تجب الثمرة لهم، وتورث عنهم على ثلاثة أقوال، قد ذكرناها وبينا ما يتعلق بمعناها بياناً شافياً في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس فغُنينَا بذلك عن إعادته.

مسألة:

وسئل عن الرجل تكون له الدار، وغلام بينه وبين رجل، فحضرته الوفاة، فقال: الغلام كله لفلان صدقة، وليس له إلا ضده. وقال: الدار التي بيني وبين فلان على فلان

صدقة كلها، ما ترى فيه؟ قال: أرى إن كان إنما تصدق بالدار أو بالعبد على شريكه منهما. وقال هذه المقالة التي ذكرت، فليس للشريك إلا حصة المتصدق، وإن كان تصدق بذلك على أجنبي، وقال هذه المقالة، كانت الدار كلها أو العبد كله له، إن رضى شريكه أن يسلم ذلك بقيمته، رجع ابن القاسم وقال: لا أرى للشريك ولا للأجنبي إلا نصيبه من ذلك، إلا أن يقول: اشتروا له نصيب صاحبي وبَيّنَ.

قال محمد بن رشد: وكذلك حكم الصدقة الباقية إذا لم يكن في وصيته، سواء تصدق بالعبد كله، أو الدار كلها على شريكه في ذلك، لم يكن له ألا نصل المتصدق، وأن تصدق بذلك على أجنبي فمرةً رأى ابن القاسم أن للمتصدق عليه العبد كله، أو الدار كلها، ويلزمه لشريكه قيمة حظه من ذلك، إن رضي شريكه أن يسلمه إليه بقيمته، ومرة قال: إنه لا يلزمه الصدقة إلا بنصيبه من ذلك، إلا أن يقول: قد تصدقت عليه بجميعه إن رضي شريكي أن يأخذ مني في نصيبه قيمة وجه القول الأول أنه لما تصدق جميعه لم يُحمل على ظاهره من العداء بصدقة ما ليس دون عوض يدفعه فيه، وحمله على أنه إن أراد، من رضي شريكه بأخذ قيمة نصيبه منه. ووجه القول الثاني أنه حمل فعله على ظاهره من العداء بصدقة ما ليس له، كما لو تصدق رجل على رجل بعبد لا حد له فيه، لم يلزمه أن يودي إلى صاحبه قيمته، وإن رضي بذلك، إلا أن يرضى هو بذلك. والقول الأول أظهر؛ لأن البر وإرادة الخير والثواب، قد ظهر منه في الصدقة بنصيبه، فالأوْلى أن يُحمل فعله كله على ذلك، ولا يحمل بعضه على التعدي، وأما نصيبه فلا اختلاف في أن الصدقة تلزمه فيه، ألا يكون له مع شريكه فيه شركة مع غيره مما يقسم معها قسماً واحداً، ففي ذلك ثلاثة أقوال: أحدها أنها تقسم، فإن صار ذلك للمتصدِّق في سهمه، كان ذلك للمتصدق عليه، وإن صار لشريكه، له شيء، وهو قول ابن القاسم على أن القسمة تمييز حقّ والثاني أنه لا يكون للمتصدق عليه إلا حصة المتصدق من ذلك، فإن صارت لشريكه، كان له من حقّ المتصدِّق من غيرها قدْر ذلك، وهو قول ابن الماجشون، على قياس القول بأن القسمة بيع من البيوع والثالث أنه إن صار ذلك للمتصدِّق كان للمتصدّق عليه، وإن صار لشريكه، كان له من حظ المتصدق، من خيرها قمر ذلك، وهو قول مطرف. واختلف إن كان العبد الذي تصدق بجميعه من مال قرار بيده فيه ربح، فقيل: إنه تلزمه الصدقة بما يصيبه منه، وقيل: إنه لا يلزمه ذلك إذ لا يتقرر له فيه حقّ إلا بعد نضوج رأس المال إلى صاحبه لجواز أن يخسر فيما يستقبل، فيكون عليه أن يجيز رأس المال ما يجب له من ربح هذه السلعة،

والقولان قائمان من كتاب القراض من المدونة. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل سأل امرأته أن تتصدق عليه بمهرها، فتصدقت عليه به، وكان لها به كتاب، ثم إنه سخط فرد عليها الكتاب بعد ذلك بأيام، فقبلته بشهود، ثم توفي الرجل، فهل ترى لها شيئاً؟ قال: لا شيء لها في ذلك الصداق، وهو بمنزلة ما تصدق عليها به من ماله فلم يقبضه.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله لا إشكال فيه؛ لأنه لما تصدقت عليه بالمهر وهو عليه، فقبل الصدقة منها بقبضة الكتاب، سقط عنه المهر، وصار رده الكتاب إليها ابتداء صدقة على غير عوض، فوجب أن يبطل إذا مات وهو عليه قبل أن يقبضه منه. وبالله التوفيق.

ومن كتاب يوصي لمكاتبه

قال وسئل ابن القاسم عن رجل تصدق على رجل بمائة دينار، وكتب إلى وكيل له ليدفعها إليه، فقدم على الوكيل بالكتاب، فدفع إليه الوكيل خمسين، وقال له: اذهب، سيدفع إليك الخمسين الباقية، اليوم، أو غداً فمات المتصدِّق قبل أن يقبض المتصدق عليه الخمسين الباقية من الوكيل، قال: لا شيء له منها إذا لم يقبضها حتى مات المتصدِّق بها، وليس أكثر من الخمسين التي قبل؛ لأن الوكيل بمنزلته.

قال محمد بن رشد: هذا بيّن على ما قاله؛ لأن يد الوكيل كيد موكله، فلا فرق بين أن يعِده بدفْع بقية ما تصدق عليه هو أو الوكيل إذا مات قبل أن يدفع ذلك إليه. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسألته عن الرجل يتصدق على الرجل بالأمة فلا يقبضها المتصدق عليه حتى تلد أولاداً، هل يأخذها هي وولدها؟ قال: نعم يأخذها وولدها، قلت فإن قتل بعض ولدها فأخذ السيد له أرْشاً أو أُصيبت هي بقطع يداً لرجل أو غير ذلك، فأخذ السيد بذلك أَرْشاً هل يأخذها ويأخذ أَرْشَ ولدها وجسدها؟ قال: نعم يأخذها وأرش ولدها ويدها أرجلها وما أُصيبت به.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال وهو بيّن لا اختلاف فيه، لأن الأمر قد وجبت له بالصدقة، وولدها الذي ولدته بعد الصدقة بمنزلتها، لقول النبي عليه السلام: " كل ذَاتِ

رَحِم فَوَلَدَهَا بِمَنْزِلَتِهَا ". فلما يأخذها وولدها فكذلك يأخذ قيمة ولدها إذا قتل، وأَرْشَ ما أصيبت به في جسدها إذا جني عليها، وإنما وقع السؤال على هذا القول من يقول: إن الهبة والصدقة لا تلزم الواهب والمتصدق، وله أن يرجع عنها ما لم يدفعها، ولا يحكم عليه بها إلا بعد قبضها، وهو ما لا يقوله مالك ولا أحد من أصحابه عامة. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الحج والغزو، أيهما أحب إليك؟ قال: الحج، إلا أن يكون خوف، قيل له: فالحج والصدقة، قال: الحج، إلا أن تكون سنة مجاعة، قيل له: فالصدقة والعتق قال الصدقة. قال محمد بن رشد: قوله: إن الحج أحب إليه من الغزو، إلا أن يكون خوفاً معناه: في حج التطوع لمن قد حج الفريضة. وإنما قال ذلك: لقول النبي عليه السلام: " الْعُمْرَة إِلَى[1] العُمْرَةِ كَفارة لِمَا بَيْنَهُمَا وَالْحَج الْمَبْرور لَيْسَ لَهُ جَزَاء إلا الْجَنة ". لأن الجهاد وإن كان فيه أجر عظيم، إذا لم يكن خوف، قد لا يفي أجره فيه بما عليه من السيئات عند الموازنة فلا يستوجب به الجنة كالحج، وأما الغزو مع الخوف، فلا شك في أنه أفضل من الحج التطوع. والله أعلم. لأن الغازي مع الخوف قد باع نفسه من مَن الله عزْ وجل، فاستوجب له الجنة والبشرى من الله عزْ وجل بالفوز العظيم. قال تعالى: ﴿إِنَّ اللهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُم﴾ إلى قوله: ﴿الْفَوْزُ الْعَظِيمُ﴾ [التوبة: ١١١]. وإنما قال: إن الحج أحدث إليه من الصدقة، إلا أن تكون سنة مجاعة؛ لأنه إذا كانت سنة مجاعة، كانت عليه المؤاساة، فالصدقة واجبة، فإذا لم يواس الرجل في سنة المجاعة من ماله بالقدر الذي يجب عليه المؤاساة في الجملة، فقد أَثِم، وقدر ذلك لا يعلمه حقيقة بالتوقِي من الإثم بالإكثار من الصدقة، أولى من التطوع بالحج الذي لا

(١) أخرجه البخاري (١٦٥٨)، وأخرجه مسلم (٢٤١١)، وأخرجه الترمذي (٨٥٤)، وأخرجه النسائي في سننه (٢٥٨٨)، وأخرجه ابن ماجه (٢٨٨٣)، وأخرجه مالك في الموطأ (٧٥٤)، وأخرجه أحمد في مسنده (٧١٨١)، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٢٨٧٣)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٣٧٧٨)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٣٤٩٥)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩٦٢٤)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٢٣٦٧)، وأخرجه الجوهري في مسنده (٢٨٤)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٢٣٨٠)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٤٥٦٩)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (١٨٤١)، وأخرجه ابن حزم في المحلى بالآثار (١١٢٩).

يهتم بتركه، وأنما قال: إن الصدقة أفضل من العتق، لما جاء في الحديث الصحيح من: " أن مَيْمُونَةَ بِنْتَ الْحَارِث أَعْتَقَتْ وَلِيدَةً لَهَا وَلَمْ تَسْتَأْذِنِ النَّبي عَلَيْهِ السلاَمْ، فَلما كَانَ يَوْمُهَا الذي يَدُورُ عَلَيْهَا فِيهِ، قَالَتْ: أَشَعَرْتَ يَا رسُولَ الله، أَني أَعْتَقْتُ وَلِيدَتِي[1]. قَالَ: أَوَ فَعَلْتِ؟ قَالَتْ: نَعمْ قَالَ: أَمَا أنكِ لَوْ أَعْطَيْتِهَا أَخْوَالَكِ كَانَ أَعْظَمَ لِأَجْرَكِ ". وهذا نص من النبي عليه السلام في ذلك قوته الاستدلال عليه بالظواهر وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوصى
معه أن ينفق على أمهات أولاده

قال وسُئِل عمَّن تصدق على ولده وهم صغار يليهم بدار، وأشهد لهم، وكان يجريها لهم، فلما بلغوا الحوز قبضوها وأكروها منه، فمات فيها، فقال: لا أراها إلا جائزة، إذا كانوا قد قبضوها وحازوها وانقطعوا بالحيازة، وانتقل منها، قيل له: وكم حذف ذلك، قال: السنة والسنتان.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما مضى في رسم استأذن من أن رجوع المتصدق إلى سكنى الدار التي تصدق بها بعد أن حيزت عنه حيازةً بينة، حدها العام، على ما نص عليه في هذه الرواية، لا تبطل الصدقة ومثله في رسم الكراء والأقضية من سماع أصبغ من كتاب الرهون، خلاف الرهن، لا اختلاف في أن الرهن يبطل برجوعه إلى الرهن وإن طالت مدة حيازة المرتهن لقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]. وفي هذه المسألة بيان واضح، إن الأب لو رجع إلى سكنى الدار وبنوه صغار، لبطلت الهبة، وإن كان قد أخلاها ورهنها وحازها لهم بالكراء المدة الطويلة، فتفتقر في هذا حيازة الأب للصغار. وقد نص على ذلك محمد بن المواز في كتابه. وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال فيمن تصدق على ابنه بدار، وعمل له فيها، ومات وهي في يديه: إن الصدقة له باطل، قيل له: فإن أنفذها له الورثة، ثم أرادوا الرجوع فيها، قال: الناس في هذا مختلفون. أما أنا فاجرى أن يحلفوا إن كانوا ممن يعرفون بالجهالة، إنهم إنما أنفذوها له وهم يرون أن ذلك عليهم قد لزمهم، ويرجون فيها فيأخذونها.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤١٦)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٤٧٨)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٢٠٣)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٩٦٠٩)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (١٦٨٦).

قال محمد بن رشد: قوله: الناس في هذا مختلفون، في مثل يريد: المخاصمين في مثل هذا وشبهه مختلفون، منهم من يجهل فيُصدق إذا ادعى الجهالة، ومنهم من لا يجهل فلا يُصدق إذا ادعى الجهالة. إذا كانوا ممن يعرف بالجهالة أن يحلفوا أنهم إنما أنفذوها، وهم يرون أن ذلك عليهم قد لزمهم، وهي يمين تهمة، فيُختلف فيها، إلا أن تحقق عليهم الدعوى بأنهم إنما أنفذوها بعد أن علموا أن ذلك لا يلزمهم، فيجب عليهم اليمين قولاً واحداً. ولسحنون في أول نوازله في نظير هذه المسألة أنهم لا يصدقون في دعوى الجهل. وقال: أنت تدفع إليه ماله، وتبيحه له بعدما قد حزته وملكته، ثم قمت الآن تدَعي الجهالة ما أرى لك فيما دفعت إليه حقاً، فقال له السائل: أنا أقيم البينة أنه قد قال: إن هذه الصدقة، لا يجوز لك منها إلا الثلث. وقد سألت عن ذلك الفقهاء وأخبروني بذلك، فقال له: أما إن أقمت البينة على هذا، فأرى لك أن ترجع عليه بما أخذ منك، فلم يصدقه سحنون في دعوى الجهالة، ما أرى لك فيما دفعت، وهو إقامة البينة على ما زعم من أنهم غرسوه به، وقالوا له. ويأتي على قول أشهب في رسم أفكار من سماع أصبغ من كتاب، في الذي يزوج ابنته على أنها بكر، فزعم الزوج أنه وجدها ثيباً لا عذرة لها أنها تلزمه، ولا شيء له، إن الجاهل في مثل هذا لا يعذر بالجهل، حسبما بيناه هناك، ومثله قول سحنون في نوازل من كتاب العيوب في الذي يشتري العبد فيقول للتاجر: هل فيه من عيب؟ فيقول: هو قائم العينين، فيسأل عن القائم العينين، فيقال له: هو الذي لا يبصر، إن البيع له لازم، وليس له أن يرده، ففي المسألة ثلاثة أقوال: أحدها إنه ليس له أن يرجع فيما أنفذ بحال، وإن علم أنه جهل، إذ لا عذر له في الجهل، وهو ظاهر قول ابن القاسم في آخر كتاب الوصايا من المدونة، في الابن الذي في عيال الرجل يؤذن له في مرضه في الوصية بأكثر من ثلث ماله، ثم ينفذ ذلك بعد موته، إنه ليس له أن يرجع في ذلك، ظاهره وإن كان جاهلاً يظن أن إذْنه له في ذلك في مرضه جائز عليه. والثاني إن له أن يرجع في ذلك إن ادعى الجهل، وكان يشبه ما ادعاه مع يمينه على ذلك، وهو قوله في هذه الرواية وقيل بغير يمين على ما ذكرناه، من أن اليمين في ذلك تهمة. والثالث: إنه ليس له أن يرجع في ذلك، إلا أن يعلم أنه جهل، بدليل يقيمه على ذلك، وهو قول سحنون في نوازله من هذا الكتاب وأَخْصر من هذا أن يقول: إن في المسألة قولين: أحدهما: أنه يُعذر بالجهل، والثاني: إنه لا يعذر، فإذا قلنا: إنه يعذر به، ففي تصديقه فيه قولان: قيل: إنه يصدق، وقيل إنه لا يصدق، فقيل يمين، وقيل بغير يمين. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الصفائح والحلي المكسور والنقرا، فيه ثواب، قال: ليس في ذلك كله ثواب.

قال محمد بن رشد: أما الحلي والنقْرا فإنه بيِّن إنه لا ثواب في ذلك، بمنزلة الدنانير والدراهم، فلا ئصدّق من وهب شيئاً من ذلك، فإن كان فقيراً والموهوب له غنياً أراد بذلك الثواب له، إلا أن يشترطه. هذا قوله في المدونة لأنه إنما وهب للثواب، ما يتحقق به الموهوب له، مثل الفرس الرابع، والعبد النبيل التاجر، والثوب الحسن، ويشبه ذلك مما يستحسن، فالحِلْيُ المصوغ على هذا فيه، الثواب، وهو نص قوله في المدونة وأما قوله في الصفائح: إنه لا ثواب فيها، فإن كان أراد به الصفائح المصنوعة من الحديد لتنْعيل النواب، فالمعنى في ذلك أنها كثيرة الحديد، لا متحف بها من أهديت إليه، ولو أهداها إليه في الغزو عند عدمها والحاجة إليها لوجب أن تكون فيها للثواب، فإن كان أراد بها صفائح الذهب، أي سبائكه فإنه لا ثواب فيها؛ لأن سبائك الذهب بمنزلة نقرا الفضة، لا ثواب لمن زعم أنه أراد بذلك الثواب؛ لأنها بمنزلة الدنانير والدراهم. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله

بع ولا نقصان عليك

وسئل عن امرأة تصدقت على زوجها بصداقها، فَمَنَّتْ عليه بعد ذلك، فقال: أنا أكتب لك صداقاً فكتب لها صداقاً إلى موته، أو حالاً قال: إن لم تقبض الذي كتب لها فلا شيء لها لأنها عطية لم تقبض.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله: إنه إذا لم تقبض ذلك في حياته، فلا شيء لها؛ لأنه إن كتب لها ذلك إلى موته، فهي وصية لوارث، وأن كتبه لها حالاً فهو كما قال عطية تقبض وقد مضى ذلك في آخر رسم العرية فلا معنى لإعادته.

ومن كتاب أوله

سلف ديناراً في ثوب إلى أجل

قال ابن القاسم في رجل تصدق على امرأته بالمسكن، والمرأة تتصدق على زوجها بالمسكن، وهما ساكنان فيه. قال: أما ما تصدقت المرأة على زوجها مسكناً كانت تسكنه، فيسكن بها فيه كما هو، فإن سكناه بما فيه حَوْز له؛ لأن السكنى عليه أن

يسكنها وأما ما تصدق هو به عليها، من مسكن فسكن هو وهي، فلا أرى حولها فوزاً حتى تخرج منه، وتحوزها بما تنحاز به الصدقات؛ لأنه كانت السكنى عليه، فلم يحرك بشيء يعرف، وأما الخادم يُتصدق بها عليه، أو يتصدق هو بها عليها، فإنه إن كان كل أحد منهما يستخدمها ويُرسلها في حوائجه، فإن ذلك حوز لكل واحدٍ منهما، وإن انتفع به الذي تصدق به، وذلك أني سألت مالكاً عن الرجل يتصدق عن المرأة بالخادم فيخدمها وتخدمه، هل تراه حوازاً؟ قال: نعم، والخدمة عند مالك، إنما تكون على الزوج إذا لم يكن لمرأة خادم دخلت بها من صداقها، وقاله أصبغ كله، وكذلك الأمتعة، والوطا وفرش البيت وآنية المنزل، في ذلك كله، أي ذلك تصدق به عليها فهو حول وإن أقروه في المنزل معها وكانا يتواطيانه جميعاً وينتفعان، إذا أعلن الصدقة بشهادة وبتول وأشهد لها وبالتخلي.

قال محمد بن رشد: أما المسكن الذي يسكنان فيه فالقرف بين أن تكون هي الواهية له، أو هو لها بيّن لا اختلاف فيه أحفظه؛ لأن السكنى عليه، فإن شاء سكن معها في ذلك المسكن وإن شاء أخرجها منه إلى غيره. وأما الخادم فقد اختلف في حيازة كل واحد منهما إياها إذا وهبها له صاحبه، وبقيت على حالها يخدمانها جميعاً حسبما مضى تحصيله في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم، فلا وجه لإعادته ومضت أيضاً في رسم الوصايا الذي فيه الحج والزكاة من سماع أشهب وحكم الوطن والثياب وحكم الخادم في مذهب ابن القاسم على ما قاله أصبغ، لا يرهن حيازة المرأة له انتفاع زوجها الواهب له به إذا لا يقدر على الانكفاء من ذلك. وقوله: إنه يكتفي بالإشهاد على صفة من الإشهاد على عينة صحيح؛ لأنه إذا وجد بيدها على الصفة المرصوفة في كتاب الصدقة والهبة حمل على أنه هو، فإن ادعى الورثة عليها أنه أن المتصدق به عليها غيره، وقد غيَّبته، كان القول قولها مع يمينها وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله

إن خرجت من هذه الدار

قال: وقال مالك: إذا تصدق الرجل بصدقة أو وهب له الهبة، على ألا يبيع ولا يهب. قال: لا يجوز هذا، ويقال للمتصدق: إما أن يغتلها وإلا فخذ صدقتك، قال مالك: إلا أن يكون صغيراً أو سفيهاً، فيشترط عليه ذلك، إلا أن يحس حال السفيه، ويكبر الصغير، فيكون لهما بدلاً فذلك جائز. قال عيسى: أكره أن تقع الصدقة على

هذا، فإن وقع مضى، ولم يرد وكان على شرطه. قال سحنون: إذا تصدق عليه بصدقة أو وهب له هبة، على ألا يبيع ولا يهب، فهي له حبس.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة يتحصل فيها خمسة أقوال: أحدها إن الهبة والصدقة لا تجوز، إلا أن يشاء الواهب أو المتصدق أن يُبطل الشرط ويُمضي الصدقة أو الهبة، فإن مات الواهب أو الموهوب له أو المتصدِّق، أو المتصدق عليه، بطلت الصدقة أو الهبة، وهو ظاهر قول مالك في هذه الرواية. ومثله قول ابن القاسم في رواية سحنون هذا من هذا الكتاب في الذي يتصدق على الرجل بالشيء، على أنه إن باعه فهو أحق به، يريد بالثمن وبغير الثمن، قال ليست هذه بشيء، ومثله أيضاً قول ابن القاسم في رسم الكراء والأقضية من سماع أصبغ بعد هذا في الذي يتصدق على رجل بعبدٍ له، ويشترط عليه أن له منه خدمة يومين من كل جمعة، إنها ليست بصدقة إن مات المتصدق، خلاف قول أصبغ فيه من رأيه، فالهبة على هذا القول على الرد، ما لم يجزها الواهب ويمضيه بترك الشرط، فإن استرد هبته من يد الموهوب له، وكان قد سقى وعالج، رجع عليه بما سقى وعالج، قياساً على ما قاله في المدونة في مسألة الفرس. والقول الثاني: من الواهب مخيرٌ بين أن يسترد هبته، أو ترك شرطه وورثته بعده، ما لم ينقض أمده بموت الموهوب له، فيكون ميراثاً عنه وهذا القول يأتي على ما في المدونة من قوله في مسألة الفرس وإن فات الأجل، لم أر أن يرد، وكان للذي بتل له بعد السنة بغير قيمة على تأويل من رأى أن الفرس ملكاً لا حبساً عليه فالهبة والصدقة على هذا القول على الإِجازة ما لم يردها الواهب أو ورثته بعده قبل فواتها كانقضاء أمد الشرط، وهو موت الموهوب له؛ لأنه حجر عليه الهبة والبيع طول حياته، وهو قول أصبغ من روايته في رسم الكراء والأقضية من سماعه بعد هذا والقول الثالث إن الشرط باطل، والهبة جائزة، وهذا القول يأتي على ما في المدونة من أن الرجل إذا حبس الدار على رجل وولده، وشرط أن ما احتاجت الدار إليه من مهمة رمزا المحبس عليهم أن الدار تكون حبساً على ما جعلها عليه، ولا يلزمهم ما شرط عليهم من مهمتها وتكون رمتها من غلتها، وقد قال محمد بن المواز: إنما ذلك إذا حِيز المحبس، ومات بموت المحبسة وأما قبل ذلك فترد، إلا أن يسقط التقي حبسها شرطه، وتأويله بعبد في اللفظ، غير صحيح في المعنى؛ لأنه إذا جعل للمحبس حقًّا في شرطه، وجب أن ينزل ورثته منزلته فيه. وعلى قول غير ابن القاسم في المدونة في مسألة الفرس. إن شرطه ليس مما يبطل عطية له، وهو قول مالك في رواية ابن وهب عنه في سماع سحنون

والقول الرابع: إن الشرق عامل، والهبة ماضية لازمة، فتكون الصدقة بيد المتصدق عليه، بمنزلة الحبس، لا يبيع ولا يهب حتى يموت، وإذا مات ورث عنه على سبيل الميراث، وهو قول عيسى بن دينار في هذه الرواية، وقول مطرف في الواضحة. وهو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب؛ لأن الرجل له أن يفعل في ماله ما شاء، إن شاء بتَله للموهوب له والمتصدق عليه من الآن، وإن شاء أعطاه المنافع خاصة طول حياته، وجعل المرجع بعد موته ليقضي من دينه ويرثه عنه ورثته بما له في ذلك من الغرض أن يستديم الانتفاع بما وهبه، وبدا إثر هبته عليه والقول الخامس قال سحنون: إن ذلك يكون حبساً على الموهوب له أو المتصدق عليه بما شرط عليه من ألا يبيع ولا يهب، فإذا مات المتصدق عليه على هذا القول، رجع إلى المتصدق إلى ورثته إن كان قد مات، أو إلى أقرب الناس بالمحبس، على اختلاف قول مالك في المدونة فيمن حبس على معان، وقول سحنون في هذه المسألة معارض لقوله في نوازله في الذي يتصدق على رجل بعبد على ألا يبيعه ولا يهبه سنة وهذه الأقوال كلها تدخل في مسألة سماع سحنون، في الذي يتصدق على الرجل بالشيء على أنه أحق به إن باعه بثمن أو بغير ثمن إلا قول سحنون: وسيأتي في رسم الجواب بعد هذا من هذا المعنى مسألة الذي يهب الجارية للرجل على أن يأخذها أم ولد، ونتكلم عليها إذا مررنا بها إن شاء الله.

مسألة:

قال ابن القاسم: إذا تصدقت المرأة على زوجها يمهرها أو بشيء من مالها، ثم طلبت المثوبة، وقالت: إنما تصدقت عليك للثواب، وأنكر الزوج قال يحلف الزوج بالله ما اشترطت عليه مثوبة ولا قبلت على الثواب، ويكون القول قوله.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة لا إشكال فيها؛ لأن الثواب إنما يكون في الهبات، لا في الصدقات، إلا بشرط فإذا ادعت عليه شرط المثوبة حلف على تكذيب دعواها على ما قال في الرواية ولو هبته مهرها أو شيئاً من مالهما وقالت: أردت بذلك الثواب، لم يكن لها في الصداق ثواب باتفاق؛ لأن الثواب لا يكون في الدنانير والدراهم وكذلك إن كان المهر عرضاً أو أصلاً لم يكن لها في هبته ثواب، إن ادعت أنها أرادت بذلك الثواب؛ لأن أصنه من نقله نحلة من الله فرضها الله فإذا تركته لم يكن لها فيه مثوبة لقول الله عزْ وجل﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَّرِيئاً﴾. [النساء: ٤]. وأما إن وهبته شيئاً من مالها سوى المهر، فادعت أنها أرادت بذلك للثواب، فاختلف في ذلك على ثلاثة أقوال: أحدها إذنها لا تصدق، إلا أن يظهر من

صورة الحال، ما يدل على صدقها، وهذا نص قوله في المدونة والثاني إنها لا تصدق ولا يكون لها القوات، إلا أن تشترطه، ووجه هذا أن هبة كل واحدٍ من الزوجين لصاحبه محمولة على أنه إنما وهبته ليؤكد ما بينهما من المودة والمحبة. والقول الثالث: إنها تصدق وإن لم يظهر ما يدل على صدقها الأجنبيين. حكى هذا القول عبد الوهاب في المقدمات. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يتصدق على ابنه باسم ولده، لا تكون تلك الصدقات شيئاً ولا تكون بذلك حرة؛ لأنها قد ثبت لها ولاء لا يزول، فلا بحرمها ذلك على أبيها.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله؛ لأن أم الولد لا تباع ولا توهب، إذ ليس لسيدها فيها سوى الاستمتاع بالوطن، طول حياته، ولو تزوج أمه فولدت منه ثم اشتراها فوهبها لابنه بعد أن أعتق لعتقت عليه بالملك.

مسألة:

وسئل ابن القاسم عن رجل سأل امرأته أن تضع عنه مهرها فقالت له: إن حملتي إلى أهلي فهو عليك صدقة، فتصدقت به عليه على أن يحملها إلى أختها وكانت مريضة، ثم بدا له أن يحملها بعدما وضعت عليه الصداق، فخرجت هي من غير إذنه، فصارت إلى أُختها هل ترى الصداق له؟ قال: إن كانت خرجت مبادرة إليها لتقطع بذلك ما جعلت لزوجها فلا شيء عليه، وإن كان بدا له في حملها وأبى أن يسير بها وعلم ذلك، رجعت عليه بما وضعت عنه.

قال محمد بن رشد: وقعت في أول رسم من سماع أصبغ من كتاب أسلم مسألة معارضة لهذه في الظاهر، كان الشيوخ يحملونها على الخلاف لها، وهي قوله في المرأة تضع عن زوجها مهرها على أن يحجها إن هذا حرامٌ لا يحل؛ لأنه الدين بالدين. وقاله أصبغ، والصواب أنها ليست بخلاف لها، إذنْ يصحّ أن يختلف في الذي وضعته عن زوجها صداقها على أن يحجها من ماله، إذن ذلك لا يجوز؛ لأنه الدين بالدين، وكذلك هذه المسألة، إن كانت تصدقت عليه باهرا إلى أن يحملها إلى أُختها من ماله اشتراك أو كراء فيقول: إن المعنى في هذه المسألة إنه إذا وضعت عنه الصداق، على أن يخرج معها، ولا تمضي مفردةً دونه، لا على أن يحملها من ماله وينفق عليها في شيء من سفرها سوى النفقة التي تجب عليه لها في مقامها، فإذا حملت المسألة على هذا، صحت وكانت موافقة للأصول، ولعلها لم يكن لها ذو محرم، يخرج معها، فكانت إنما

بدلت الصداق له، على رفع الخرج عنها لخروجه معها، لا على أن ينفق عليها في ذلك. وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا يَحِل لامْرَأَةٍ تُؤمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْم الآخر تُسَافِرُ مَسِيرَةَ[1] يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ بِغَيْرِ مَحْرَمٍ إلا مَعَ ذي مَحْرَمٍ مِنْهَا " وقد مضى في سماع عيسى من كتاب الحج، القولُ في وضعها الصداق عنه، على أن يأذن لها في الخروج إلى الحج. وبالله التوفيق.

مسألة:

وسُئِل عمَّن أعمر رجلاً داراً وجعلها لولده من بعده، هل يجوز له أن يشتريها من المُعمر، وهي لولده من بعده؟ وهل يجوز لهُ أن يشتري العمري من ربها حتى يكون له أصلها كما يجوز للمعمر؟

قال ابن القاسم: أما إذا جعلت لولده من بعده، فلا يجوز لصاحبها أن يشتريها؛ لأن الأب ليس يبيع لقوم بأعيانهم، ولا يعرف عددهم، وأما المعمر فهو يجوز له أن يشتريَها من صاحبها حتى يكون له أصلها إذا لم يكن لولده من بعده.

قال محمد بن رشد: أما إذا جعلها لولده من بعده، فلا يجوز للمُعمِر، شراء الخدمة من المعمار؛ لأنه لا يملك بذلك الأصل، ود للعمر، شراء المرجع من المعمر، إذ لا يرجع إليه وأما إذا لم يكن لولده من بعده، فيجوز للمعمر شراء الخدمة من المعمر باتفاق، ويجوز للمعمر شراء المرجع من المعمر على اختلاف.

وقد مضى بيان ذلك مستوفى في رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم ومضى ذكر الاختلاف في شراء المعمر المرجع في رسم البيوع الأول، من سماع أشهب منه وثاني المسألة مكررة في سماع أصبغ في هذا الكتاب. والله الموفق.

---

(١) أخرجه البخاري (١٠٣٢)، وأخرجه مسلم (٢٣٩٦)، وأخرجه الترمذي (١٠٨٦)، وأخرجه أبو داود (١٤٦٨)، وأخرجه ابن ماجه (٢٨٩٤)، وأخرجه مالك في الموطأ (١٧٧٢)، وأخرجه أحمد في مسنده (١٠٣٥٨)، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٢٣٥٥)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٢٧٩٠)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (١٥٤٧)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩٣٩٩)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (١٤٥٤)، وأخرجه الطبراني في مسنده (١٣٧٨)، وأخرجه الجوهري في مسنده (٢٥٤)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٤٩٤٥)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٨١٤٥)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٤٤٩)، وأخرجه ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (١٣٥١).

ومن كتاب أسلم وله بنون صغار

قال: وسئل عبد الرحمن بن القاسم عن امرأة تصدقت بصدقةٍ عبدٍ أو وليدة، أو دنانير في حياتها وصحتها، ثم ذهب عقلها من قبل أن تُقبض الصدقة منها هل يكون ذهاب عقلها مثل الموت؟ أم يأخذ المتصدق عليه صدقته، قال: لا أرى لأهل الصدقة فيها حقاً، وذهاب العقل حتى ينحاز عنها مالها، بمنزلة الموت، فلا حقّ لهم فيها.

قال محمد بن رشد: ذهاب العقل كالعرض، فإذا مرض المتصدق أو ذهب عقله قبل أن تُحاز الصدقة عنه بطلت، يريد: إلا أن يرجع إليه عقله أو يصح من مرضه قبل أن يموت فتنفذ الصدقة. وتأخذ منه، فإن لم يرجع إليه عقله، ولا صح من مرضه حتى مات، بطلت الصدقة، وإن حوزه إياها في مرضه، وهو قول ابن القاسم في رسم القضاء المحض، من سماع أصبغ بعد هذا. قال: وكل من تصدق بصدقة على من بلغ الحوز، فلم يحز لنفسه، حتى مرض المتصدق، فأجازه في مرضه، فلا صدقة له وهو بمنزلة من أوصى لوارث حين منعة في صحته، وأسلمه في مرضه، فلا يجوز ذلك له وقال: ذلك يمنع، إلا أنه لا يحاط بها أهل الوصايا، كما يحاص بوصية الوارث، ولكنها تطرح من رأس المال كشيء لم يكن، وتكون الوصايا في ثلث ما بعدها، وترجع ميراثاً كالإقرار بدين لوارث في المرض لما فيه من التوليج للتهمة. وقوله: إلا أنه لا يحاط بها الورثة، إلى آخر الكلام هو من قول ابن القاسم متصل به، فلا يجوز ذلك، وأدخل العربي قول أصبغ في أثناء كلامه، وكان حقه أن يكون بعد تمام كلام ابن القاسم في المسألة وإنما قال: إن الصدقة تبطل، وإن حوزه إياها في المرض، ولم يجعل تحويله إياها كابتداع صدقة في المرض، فتكون في الثلث؛ لأنه لم يبتدئها في مرضه، وأنما ذهب إلى إمضاء ما فعله في الصحة، فوجب أن بطل، وقوله: إنه لا يحاط بها أهل الوصايا كما يحاص بوصية الوارث صحيح؛ لأنه إذا أوصى لوارث، فقد أراد إدخاله على الموصى لهم، وهذا لم يرد إدخال صاحب الصدقة عليهم، وإنما أراد إخراجها من رد ماله بعد موته. وأما قوله: إنها تطرح من رأس ماله كشيء لم يكن، وتكون الوصايا في ثلث ما بعدها، فهو خلاف قوله في رسم أمهات الأولاد من سماع عيسى من كتاب الوصايا: إن الوصايا تدخل في ذلك، مثل ما في الموصل لمالك رواية يحيى، ومثل ما روى ابن وهب عنه من رواية الحارث: إن الوصايا لا تدخل في ذلك، وجه رواية أسبغ وقول مالك في الموطأ وفي رواية ابن وهب عنه، أن الوصايا لا تدخل فيه، هو أن الميت أراد

إنفاذ الصدقة من رأس ماله، وإنما ردت بالحكم لما أغفل عن تحويزها حتى مات، فوجب ألا تدخل فيه الوصايا. ووجه رواية عيسى في كتاب الوصايا أن الوصايا لا تدخل في ذلك، هو أن المتصدق في صحته، لما لم يجز الصدقة حتى مات، دل ذلك من فعله على أنه ذهب إلى إبطالها، فوجب أن تدخل فيه الوصايا. وبالله التوفيق.

ومن كتاب العشور

قال ابن القاسم في رجل تصدق بذكر حقّ له على رجل ودفع إليه الذكر الحق، وأشهد له، ثم خالفه إلى الغريم، فقبض منه ما عليه، قال ابن القاسم: إن كان الذي عليه الحقّ قد علم أنه تصدق به على المتصدق عليه، ودفعه إليه فعليه غرمه للمتصدق عليه، ولا يرجع المتصدق علبه على المتصدق بأخذه منه.

قال محمد بن رشد: توله: من الذي عليه الحقّ أن كان قد علم أنه تصدق به على المتصدق عليه، ودفع إليه، فعليه غرمه للمتصدق عليه، صحيح بين، لا إشكال فيه؛ لأن صاحب الحقّ لما تصدق به على المتصدق عليه، قد دفع كتاب الحقّ فقد وجب الحقّ له؛ لأن قبضه لذكر الحقّ الذي وهب مياه حيازة صحيحة، علم الذي عليه الحقّ بذلك أو لم يعلم، فإذا دفعه إليه بعد علمه بأنه قد تصدق به ولم يقبل كتاب ذكر الحق، فدفع الذي عليه الحق، الحقّ إلى المتصدق عليه بعد علمه بالصدقة لوجب عليه غرمها للمتصدق عليه؛ لأنه يصير بقبول الصدقة عليه قابضاً له ما عليه، فوجب أن يغرم ذلك له، إن دفعه إلى المتصدق بعد علمه بالصدقة، ولو لم يعلم منه قبول الصدقة، ولم يقبض، لما كان الذي عليه الحقّ قابضاً له إذا كان حاضراً ولا وجب عليه أن يغرم له أن دفع ذلك إلى المتصدق، وإنما يكون قابضاً له، وأن لم يقبل، ويلزمه عشرته أن دفعه إلى المتصدق بعد علمه بالصدقة إذا كان المتصدق عليه غائباً والصدقة بالدين، بخلاف الصدقة بالوديعة في الحيازة، إذ قد قيل إن المودع يكون حائزاً له على علم أو لم يعلم، وهو مذهبه في المدونة وقيل: لا يكون حائزاً له إلا أن يعلم وهو قول ابن القاسم في نوازل سحنون من هذا الكتاب وفي سماعه من كتاب الوديعة عليه، وجب عليه أن يغرم ويرجع به على المتصدق الذي دفعه إليه، وكذلك لو كان المتصدق عليه قد قبل الصدقة وقيل: إنه لا يكون جائزاً له، إلا أن يعلم ويرضى بالحيازة له، حسبما مضى القول فيه في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب، من كتاب الرهون، وفي سماع سحنون، من كتاب الوديعة، ولا خلاف في أن الذي عليه الدين حائز لما تصدق به

عليه، وإن لم يعلم، إن كان المتصدق عليه غائباً أو حاضراً فقبل. وبالله التوفيق.

ومن كتاب شهد على شهادة ميت

قال وسألت ابن القاسم عن الرجل يتصدق على الرجل ببيت في داره، ولم يسم له مخرجاً ولا مدخلاً ولا مرفقاً، ثم أراد الصدق أن لا يصر في داره، وأن يفتح باب بيته الذي تصدق به عليه حيث شاء، فقال: لا يمنع من الممر في بيته إلى دار المتصدِّق، ولا شيء من مرافقة لا شرب في بيت، ولا مخرج كنيف، سمى له عند الصدقة شيئاً أو لم يسمه.

قال محمد بن رشد: اختُلف إذا وقعت الصدقة ببيت من الدار، دون بيان في مرافِقِ الدار، من المدخل والمخرج والاستسقا من البير والاختلاف إلى الكنيف وما أشبه ذلك، هل يكون للمتصدَّق عليه بالبيت من مرافق الدارَ بقدر البيت منها، أم لا؟ فقيل: إنه يكون له منها بقدر البيت من الدار، إلا أن يستثني ذلك المتصدّق لنفسه في صدقته، وهو قول ابن القاسم في هذا الرواية، على قياس قول مالك في أول رسم من سماع أشهب من كتاب جامع البيوع، في البيع المبهم، وقيل إنه ليس له من ذلك شيء، إلا ببيان من المتصدّق في صدقته، ويفتح المتصذَق عليه لبيته باباً حيث شاء، ولا يدْخل عليه على دار المتصدّق ، ولا يكون له شيء من مَرافقِه، إلا أن لا يكون له حيث يفتح باباً، فيكون له المدخل إليه على دار المتصدق، وسائر مرافقه، وهو دليل قول أشهب في رسم باع شاةً من سماع عيسى من كتاب جامع البيوع. واختلف إذا وقعت الصدقة مبهمة دون بيان، على القول بأنه يكون للمتصدق عليه من الموافق بقدر صدقته، إلا أن يستثني من ذلك المتصدّق لنفسِه، وهو قوله في هذه الرواية، إن ادعى أنه إنما أراد يتصدق عليه بالبيت دون المرافق، فقيل: إنه لا يصدّق في ذلك، وهو ظاهر قوله في هذه الرواية ومعنى ذلك، إذا لم يكن له دليل من يشاهد الحال، مثل أن يتصدق عليه ببيت من داره، يلاصق داره، فيعلم أنه إنما تصدق عليه بالبيت، على أن يصرفه إلى داره. وقيل: إنه يَصدق في ذلك مع يمينه، إلا أن يكون له انتفاع بالبيت إلا بالدخول إليه على دار المتصدق. وهذا يأتي على ما وقع في رسم الكراء والأقضية من سماع صبغ بعد هذا من هذا الكتاب لمالك ولأصبغ من قوله، مبيّناً لروايته عن ابن القاسم في الذي يتصدق على رجل بناحيةٍ من أرضه سماها في غير تلك الناحية الذي تصدق بها من أرضه. وسيأتي القول على ذلك هناك إن شاء الله.

مسألة:

قال وسألت ابن القاسم عن رجل تصدق على ابنٍ له صغيرٍ لم يبلغ الحوز، برقيق ودور وقُرى وما فيها من زيتون أو فاكهة أو نوع من أنواع الشجر، وهو صحيح سوى وعمل في جميع الزيتون أن يخرج منه أقساطاً مسماةً لمسجد له في كل عام، وما بقي فهو صدقة على ابنه ذلك، وكان قد تصدق عليه بداره كلها، الداخلة والخارجة وما فيها من المساكين، إلا أنه جعل لابنةٍ له صغيرة السكنى مع ابنه المتصدق عليه فيها ما لم تُنكَح، فإذا انكبت فلا سكنى لها معه وجعل لأمهات ولده ومَواليه من الرجال والنساء، الساكنين فيها أن يسكنوا مع ابنه ذلك حياتَه، فإن تزوج من العمليات أحد فلا سكنى لمن تزوج منهن فيها بعد تزويجها، وتصدَّق عليه أيضاً بقرية فيها أرْحَى وأرض وزيتون وغير ذلك من الشجر، وجعل لمواليه الساكنين فيها ما كان تحت أيديهم من الأرض والشجر والمساكِن، يرافقون فيها ما قاموا لابنه ذلك المتصدق عليه بمهمة أضحيته، وتلافي سدها ومهمتها، وجلب ما يحتاج إليه منذ الملاحين، وغير ذلك من مرة الجرحى. فإن ترك الموالي ذلك فلا سكنى لهم في القرية، ولا مرفق لهم فيها، وما كان تحت أيديهم منها هو صدقة على ابنه ذلك، وكان تصدق عليه بهذه الصدقة صحيحاً مسلماً صدقة بتًّا لله وعلى أن على ابنه في الزيتون الذي تصدق بها عليه خمسة أقساط من زيت وهي عشرون ربعاً في كل عام للمسجد الذي بنى الله عزْ وجل وجعل الأقساط المسماة للمسجد حراماً محرماً عليه وعلى الوارث بعده، حبس ذلك حبساً ذلك على مسجد في كل عام أركان كل ما تصدق به على هذا الغلام في يدي أبيه حتى توفي وكان الغلام يوم توفي أبوه صغيراً لم يبلغ الحُلم. قال ابن القاسم: من تصدق على ابن له صغير لم يبلغ الحلم، بما ذكرت من العقار والأرضين والزيتون والفاكهة والرقيق والجرحى والدور، واشترط في جميع الزيتون أقساطاً معدودة لمسجدٍ في كل عام، من زيت، فإن ذلك كله جائز لابنه، ما دام صغيراً إذا هلك الأب على تلك الحال، وإن كان أبوه يلي تلك الصدقات، وكانت في يديه إلى أن مات؛ لأن الأب يجوز على ابنه الصغير حتى يبلغ الحلم. قال: ولقد سألت مالكاً عن الرجل يتصدق على ابنه الصغير في حجره بالعبد، وهو مع ابنه في بيت واحد، فيكون العبد يخدم الأب، ويخدم الغلام أتراها صدقة جائزة؟ قال: نعم، أراها صدقة جائزة ثابتة للغلام، وإن استخدمه الأب حتى مات. قال مالك: أراها صدقة ثابتة للابن، إذا كان في حجره يليه. قال ابن القاسم: فالعقار والشجر أبين من العبد. قال ابن القاسم: وإن كان مما تصدق به على

الغلام حوانيت لها كراء، ومساكين أو حمام أو أشياء لها كذا وغلات ولم يعلم كان يجريها للابن باسمه، أم لا وجهل ذلك من أمرها، ولم يكن أشهد على ذلك أحداً، فإنها للابن جائزة، إذا كان الأب لا يسكنها كلها أو جلها، فإن سكن الشيء اليسير منها التافه، فإن ذلك كله للابن، ما سكن منها وما لم يسكن. قال ابن القاسم: سألت مالكاً عن الرجل يتصدق على ابنة بالعبد والجارية، فيقيم العبد في يد الأب ما شاء الله، ثم يبيعه بذهب، ويشهد الأب عليه أنه قبله لابنه، ويتسلفها، أتراها للابن؟ قال: نعم إذا صح ذلك، والذي يتصدق بالقُرى والأرضين والشجر، وأرْحَى والدور، أثبت عندي في الحوز مما وصفت لك في الرقيق، والأب يجوز لابنه الصغير، إلا أنه يعلم أن صدقته لم تخرج من يديه، مثل أن يتصدق عليه بالدار التي لا فضل في سكناها، فيسكنها كلها حتى يموت، وهو فيها، فلا يجوز هذا وما أشبهه، ولو كانت الدارات منازل فسكن في بعضها جازت كلها. قال: سألت مالكاً عن الرجل يتصدق على ابنه وأخبرني أن عبد الله بن عمر، وزيد بن تابت، صاحبي النبي عليه السلام حبساً داراً لهما، وكان يسكنان فيها حتى ماتا وكان الذي سكنا منها، ليس جلها فمحازاها سكنا من الدار، وما لم يسلما للابن، منها على ما قال ابن القاسم. قال مالك: وذلك رأي. قال ابن القاسم: قال مالك: ولو أن رجلاً حبس أو تصدق بدور لها عدد، وسكن داراً منها كلها، لم تكن تلك الدار التي سكن جلّ الدُّور، وهي تبع لِما تصدق به، جاز ما سكن من ذلك وما لم يسكن، إذا كان تصدق على ابن له صغير يليه، أو كسير فحاز ما لم يسكن فيه، فهذا دليل على هذا أنها جائزة. قال ابن القاسم: وأما ما استثنى من أقساط الزيت من الزيتون، فإن ذلك لا يفسد صدقته، وهي شيءٌ تافِهٌ في صدقته، والذي يسكن المنزل من داره، أشد من هذه الأقساط اليسيرة. قال: وقد قال مالك في غير مسألة في الرجل يحبه نخله أو دوره على قوم بأعيانهم، ويشترط من النخل كيلاً مسمّىً لقوم يسميها بأعيانهم غير الذين حبس عليهم، فإذا انفردوا فترجِعُها إلى الذين حبس عليهم، أو من غلة الدور، الدنانير فمسمى عددها في الشيء يجريه على مثل المسجد والفقراء، أو الرجل بعينه، إن ذلك جائز، إذا حازه الذي حبس عليه، أو كان صغيراً يليه الذي حبس عليه، وكان ينفذ ذلك في وجهه، جاز ذلك كله، وهذا مما لا اختلاف فيه. قال ابن القاسم: وأما الدور والجرحى التي جعل لمواليه، واشترط عليهم القيام بأمر الجرحى لولده، فذلك جائز إنما أعطاهم شيئاً من منزل قد عرفوه وعرف وجه العمل فيه، فذلك جائز لا خطر فيه ولا غرر وهو مما قوى صدقة الابن، وحيازة الموالي مع حيازة الأب

له حيازة، فإن ذلك قد ثبت له في رأي فيما سمعت من مالك.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة أَبي عثمان من أهل قرطبة، كتب بها محمد بن بشير للقاضي، إلى ابن القاسم يسأله عنها والسؤال عنها في ثلاثة مواضع: أحدها اشتراطه في صدقته على ابنه الصغير بداره، أن يسكن معه ابنته الصغيرة حتى تنكح، وأمهات أولاده ومواليه، من الرجال والنساء، الساكنين فيها أن يسكنوا مع ابنه ذلك، فيها حياتهم فإن تزوج من الموليات، أحد فلا سكنى لمن تزوج منهن بعد تزويجها، فأجاز ذلك، ولم يره مما تضعف به الحيازة في الدار إذ لم يسكنها هو بنفسه، وإن سكنهما أمهات أولاده؛ لأنه إنما أبقاهن في الدار لمكان ابنه المتصدق عليه، ليقمن بأمره فيما يحتاج إليه، ولم يفردهن أيضاً بالسكنى معه فيها، إذا ترك لهن في ذلك مواليه من الرجال والنساء، الذين كانوا سكاناً فيها أيضاً، وسكناتهم فيها مع ابنه المتصدق عليه أو دونه حيازة، إذ ليس عليه إسكانهم؛ لأنهم أحرار، ومن أسكن رجلاً مسكناً ثم تصدق به على غيره، فيكون المسكن فيه حيازة للمتصدق عليه به، على مذهبه في المدونة في أن قبض الخدم قبضاً للموهوب له، ولو أفرد على أمهات أولاده بالسكنى في الدار مع ابنه المتصدق عليه، لكان ذلك حيازة، على ما حكى ابن حبيب عن المدنيين والمصريين، من غير أن يختلفوا عليه من أن سكنى أمهات المتصدق عليه معهم في المحسين الذي تصدق به عليهم آباؤهم، حيازة لهم، وإن كان تحته بتزويج أو شراء، ما لم يكن ذلك مسكناً له خاصاً يستوطنه، فكيف إذا لم يُفردهن بذلك، وشرك معهن فيه مواليه من الرجال والنساء، فهذا وجه قول ابن القاسم في إجازة هذه الحيازة، ويدخل فيها من الاختلاف ما في قبض المخيم للموهوب له علي ما يأتي في سماع سحنون، إذ لا فرق في هذا بين الإِسكان والإِخدام، ويبين ذلك ما يأتي في رسم الكبش من سماع حيي لابن القاسم، في أن من تصدق على ولده الذي يجوز له بدار قد أسكن فيها بعض ولده، إنه لم يخرج منها الولد، كان يسكنها حتى مات الأب، لم يكن للمتصدق عليه شيء.

فقول ابن القاسم في رواية يحيى هذه، مخالفة لقوله في هذه الرواية على هذا كان الشيوخ يحملون ذلك، ويحتمل أن يفرق بين المسألتين بسكنى الابن المتصدق عليه في هذه الرواية في الدار الذي تصدق بها عليه أبوه مع أمهات أولاده ومواليه. والموضع الثاني اشتراطه في الزيتون الذي تصدق به على ابنه الأقساط من الزيت في كل عام للمسجد الذي بناه، إذا لم يحزها وأبقاها بيده، فأجاز ذلك قياساً على ما قاله مالك من أن

الأب إذا تصدق، على ابنه الذي في حجره بالعبد وهو معه في بيت واحد، فيخدمها جميعاً، إنه لا يوهن ذلك حيازة له. وقياساً على ما قاله أيضاً في أنه إذا تصدق على ابنه الذي في حجره بالمسكن، فسكن اليسير منه: إن حيازته له صحيحة تامة؟ وقياسُه في ذلك كله صحيح بين، إذ لا فرق بين أن يستثنى الأقساط لنفسه طول حياته ثم يلحقها بالحبس بعد وفاته أو يستثنيها ليجعلها هو في المسجد طول حياته، ثم يكون حبساً بعد وفاته. والموقع الثالث جعله لمواليه، الساكنين في القرية التي تصدق بها على ابنه الارتفاع بما كان تحت أيديهم من أرض القرية وشجرها ومساكنها ما داموا يقومون لابنه المتصدق عليه بمهمة أو حيته، وما يحتاج إليه من الملاحين، وغير ذلك، فإن تركوا القيام بذلك، لم يكن لهم سكنى في القرية والارتقاء بشيء منها، فأجاز ذلك ابن القاسم، ولم ير فيه غرراً ولا مخاطرة؛ لأنه رأى قدر ذلك معلوماً بالعرف، والعادة لا توهيناً للحيازة، بل رأى ذلك قوة فيها وتثبيتاً لها لأن حيازة الوالد لابنه معه تقوية لحيازته.

وحكى الفضل عن يحيى بن عمر أنه قال في الأرضية نظر؛ لأنه إنما جعل لهم ما جعل، على أن يقوموا لابنه بمهمة الأرحيقومرمة سدها، وجلب ما يحتاج إليه من المطاحن وغير ذلك من مهمة الأرضية، فإن ترك الموالي ذلك فلا حقّ لهم في القرية، ولا مرفق فيها، فهذا عندي خطر وغرر وربما كثُر علاج الأرضية، وربما قل، فأعطاهم الذي أعطاهم على شيء مجهول، لا يعلمون ما يلزمهم فيه، فلا يحقه هذا، ولا يكون للموالي شيء مما أوصى لهم به على هذا الشرط، وتكون الأرضية وجميع ما جعل الموالية لولده، وتكون مهمة الأرضية على الحبس. وقول يحيى بن عمر، ظاهر في أن ذلك غرر، إلا أن ذلك لا يؤثر في صحة الحيازة كما قال، فإن لم يعثر على ذلك حتى فاته الأمر بسكناهم فيها، وقيامهم بما تحتاج إليه الجرحى كان عليهم الكراء في السكنى، كراء المثل، وكانت لهم قيمة عليهم في قيامهم بالجرحى صراع من كان له الفضل منهم في ذلك على صاحبه بالفضل. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: وسألنا مالكاً عن الرجل يتصدق على ابن له صغير في حجره بالنخل، وبالضأن، وبالمزرعة، أيأكل منها؟ قال مالك: ما أرى بأساً أن يأكل من ثمر النخل ويشرب من ألبان الضأن، ويكتسي من أصوافها إذا كان ذلك على ابنه.

قال محمد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة في رسم نذر سنة من سماع ابن

القاسم، ومضى الكلام عليها مستوفى في رسم حلف ألا يبيع سلعة سماها. وساقها ابن القاسم ها هنا حجة لما أجاب به في مسألة أبي عثمان وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: قال مالك: لو أن رجلاً تصدق على ابنه بصدقة من عرْض أو حيوان أو دينار، فحاز له ذلك، ثم احتاج، يريد أن يكون يلي هو تلك العروض، فيحوزها له، ويضع الدنانير على يدي غيره، فاحتاج الأب، رأيت أن ينفق عليه ما يصلحه مما تصدق على ابنه، ورأى أن ذلك للأب جائز. قال: فقلت لما لك: فالدنانير كيف تحفز؟ قال: بعضها على يدي غيره، فقلنا: وإن وضعها على يديه وطبعها، قال: في الدنانير والدراهم خاصة، لا أراها جائزة، حتى يخرجها من يديه إلى يدي غيره، ولم يرها مثل العروض والنخل والحيوان.

قال محمد بن رشد: لفظة ثم احتاج زيادة في المسألة وقعت على غير تحصيل، فبإسقاطها يتبين معنى المسألة؛ لأن قوله: يريد إنما فسر به الحيازة، لا الحاجة والاختلاف فيه في أن الأب إذا احتاج، جاز أن يستنفد مما يتصدق به على ابنه، وإن تمتنع من ذلك حكم له به عليه.

وقد مضى ذلك في رسم حلف ألا يبيع رجلاً سلعة سماها، تحصيل القول فيما يجوز للأب أو الأجنبي أن يأكله أو يشربه مما تصدق به من علته مستوفى فلا معنى لإعادته وقوله في الدنانير والدراهم خاصة، لا أراها جائزة حتى يخرجها من يده إلى غيره، يريد: وكذلك ما كان في معنى الدنانير والدراهم من تِبْر الذهب والفضة، وكل ما لا يعرف بعينه، إذا غيب عليه من المكيل كله والموزون. وقد مضى ذكر ذلك واختلاف قول مالك، في أول رسم من سماع ابن القاسم وفي رسم طلق بن حبيب منه وهذه المسألة أيضاً ساقها ابن القاسم، حجة لما أجاب به في مسألة أبي عثمان المذكور، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وأما ما سكن من الموليات في داره ولابنته وأمانته، واشترط أن مرجع ذلك إلى ابنه المتصدق عليه بعد فوتهن وخسر وجهن إلى أزواجهن، فذلك أثبت لصدقة الابن، وهي جائزة له، لا في مسألة مالك عن الرجل يحبسه على الرجل الدار أو العبد حياته، ويقول فيها: إذا مات الذي حبست عليه حياته، فهي لفلان صدقة بتْلاً، فيموت الذي حبسها، قبل أن يموت الذي حبسها عليه، وقبل أن يقبض الذي بذلها له، ثم

يموت الذي حبس عليه، فقال: قال مالك: إذا حازها الذي حبست عليه حياته، جازت الصدقة للذي تصدق بها عليه بتْلاً، وإن لم يقبضها حتى يموت صاحبها الذي حبسها عليه، وحوزة الذي أخدمها حياته، حوزة للذي تصدق عليه بتْلاً فكذلك المواليات والابن إذا سكن في حياته، وخدمها، فهي جائزة، وكل ما سألتني عنه من أمرها فأراها للابن جائزة. والله أعلم.

قال محمد بن رشد: هذا هو أحد المواضع الذي وضع السؤال من أجله، في مسألة أبي عثمان. وقد مضى الكلام عليه، وكلام ابن القاسم هذا كله بيِّنٌ وتنظيرا لما نظر به سكنى المواليات والابنة في الدار المحبسة على ابنه بما نظر به من قول مالك صحيح، إلا أن في مسألة أبي عثمان المسؤول عنها، زيادة شرط سكنى أمهات أولاده في الدار مع الموالي والموليات، والابنة، وأنهم كانوا سكاناً في الدار قبل التحبيس، ففي ذلك تضعيف للحيازة. ووجه يوجب الاختلاف فيها.

وقد مضى الكلام على ذلك في أول مسألة، ولم يلتفت ابن القاسم إلى شيء من ذلك، فأجاب بجواز الحيازة على القول بأن قبض الخدم والمسكن قبض للموهوب له، وذلك بخلاف قوله في رسم الكبش من سماع يحيى على ما ذكرناه في أول المحلة. وبالله التوفيق.

مسألة:

وإن كان ما تصدق به عليه أبوه شيئاً كان بكراء، مثل الدور والحمامات والحوانيت، فكراء أبيه له كراء، وإن لم يقل اكتريت لابني، وإن لم يخرج ذلك إلى أحد يحوزه عن ابنه ذلك فحوز أبيه حوز، وكراؤه له كراء، إذا كان ما تصدق به عليه في صحة منه ما لم يبلغ الغلام وتُرضى حاله.

قال محمد بن رشد: هذا الفصل من بقية جواب ابن القاسم في مسألة أبي عثمان وهو بين صحيح لا اختلاف فيه، ومثله من قوله في سماع أصبغ بعد هذا، وأنكر قول من خالف في ذلك، وقال: إنه قد أخطأ وصحف، وخالف سنة المسلمين، فلا يقوله من هو من أهل العلم ونصه الملاك بعد هذا في رسم يريد ماله. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم: قال مالك: ولو أن رجلاً تصدق على ابن له صغير بصدقة، فكان أبوه يحوز له حتى بلغ ورضي حاله، فإذا بلغ ورضيت حاله، فلم يدفع إليه الصدقة، ولم يحزها، فلا صدقة له. وقد فهمت كل ما سألتني عنه، وفسرت لك كل ما سمعت.

قال محمد بن رشد: هذا آخر جواب ابن القاسم في مسألة أبي عثمان، وهو فصل بيان لا اختلاف فيه ولا إشكال. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله جاع فباع امرأته

وسُئِل عمَّن تصدق على ولد له بدنانير أو دراهم، وقال لِشريك له: حزها له، فقال شريكه: اشهدوا أنها له عندي قد حزتها ثم مات أبو الصبي، فطلب التي صدقته، قي عم الشريك أنه قد دفع ذلك إلى أبيه وإنما كانت في شركته في يدي قال: لا ينفعه ذلك، ويلزمه غرمها له.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال؛ لأنه لما حاز لابن شريكه ما تصدق به من مال الشركة، وجب ذلك للابن، وخرج من الشركة، ووجب أن يكون ضامناً له إن دفعه إلى شريكه بعد أن حازه، وأشهدوا على نفسه بذلك، وذلك بمنزلة الرجل، تكون له الوديعة عند رجل، فيتصدق بها على رجل ويأمره أن يحوزها له، فلا اختلاف في أنها حيازة تامة إذا رضي المودع بحيازتها له، حسبما مضى القول فيه في رسم العشور، فكيف إذا أشهد على نفسه بأنه قد حازها له؟ وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله يديرُ ماله

مسألة:

قال: وقال مالك في الذي يتصدق على ولده الصغير، الذي يحوز له، بالغلة ويكفيها لهم، إن ذلك جائز، إذا أشهد، وأن لم يكتب الكراء بأسمائهم، ومن يدري للصغير، ومن يشتري له، ومن يبيع له، إلا أبوه، وأنكر قول من يقول: لا يجوز إذا كتب الكراء بأسم نفسه، وعليه؟ كرهه كراهية شديدة، وقال: قد صحف، وقال: هذا خلاف لسنة المسلمين، ولا أعلم أحداً من الناس قال هذا.

قال محمد بن رشد: هذا من قول مالك، مثل ما تقدم من قول ابن القاسم في آخر رسم شهد، ونص قوله في أول رسم سماع أصبغ بعد هذا، فكراؤه ما تصدق به على ابنه محمول على أنه إنما يكفيه له، حتى ينص أنه إنما باعه لنفسه، استرجاعاً بصدقته وذلك منصوص عليه في الواضحة لأصبغ. قال فيمن تصدق على ابنه الصغير بدار، ثم باعها، فإنه إن باعها باسم ولده، أو سكت، أو باع منها، فالبيع جائز، والثمن للابن على الأب في حياته وبعد وفاته؛ لأنه محمول على أنه باع له، إلا أن يشهد عليه أنه باع لنفسه نصا استرجاعاً لصدقته وانحلالها فيرد البيع ويصرف الدار إلى الولد، حيا كان الولد أو ميتاً،

إن كان بيعه للدار بعد أن حازها مما يجوز به الأب صدقته على ابنه، وأما إن كان باعها قبل أن ينتقل عنها لنفسه، فيفسخ البيع إن عثر عليه في حياته، وترد الدار لولده وتمضي الصدقة له بها، وإن لم يعثر على ذلك حتى مات الأب، فلا صدقة له ولا حقّ في الدار، إلا في الثمن، والبيعُ ماضٍ للمشتري، وسواء مات الأب فيها، أو كان قد أبانها إلى المشتري؛ لأنه لم يزل ساكناً فيها حتى باعها لنفسه، استرجاعاً لها. وذكر أصحاب الوثائق: أن الأب إذا تصدق على ابنه الصغير بما له غلة فاستغل الغلة وأدْخلها في مصالح نفسه، وقامت بذلك بينة، ولم تزل كذلك إلى أن مات الأب، فالصدقة باطل، وهو عندهم بمنزلة السكنى إذا لم يُخْلِ الدار من نفسه وشماله حتى مات فيها، فهي باطل. وفي المدنية لابن كنانة مثل ذلك، ودليل قول مالك في هذه الرواية، وقول ابن القاسم فيما تقدم في آخر رسم شهد في أول سماع أصبغ فيما يأتي: إن الصدقة جائزة، وإن استنفد الأب الغلة؛ لأن الكراء إذا كان محمولاً على أنه لابنه فإنما استنفد من مال ابنه بعد أن وجب له، يأخذه منه في حياته وبعد وفاته، وهو نص قول أصبغ، في ثمن الدار إذا باعها بعد أن حازها لابنه باسم ولده، أو جهل فلم يعلم أن كان باعها بنفسه أو لولده إن الثمن يكون له في مال أبيه حيًّا كان أو ميتاً. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الجواب

قال: وسألت ابن القاسم عن الرجل يتصدق على ابن له كبير حائز لأمره، أو على أجنبي، بمدبر له يتصدق عليه برقبته، فيحوزه المتصدق عليه، ثم يموت الذي دبره، ولا مال له غيره، قال ابن القاسم: يعتق ثلثه ويكون ثلثاه رقيقاً للمتصدق به عليه، وهو أولى به، وليس لورثته فيه قليل ولا كثير، وإنما هو بمنزلة الخدمة أن لو أخذه أجنبيا أو ابناً له كبيراً مالك أمره إلى أجل، فحازه وكان في يديه، ثم مات السيد ولا مال له غيره، فإنه يعتق ثلثه، ويكون المخيم أحق بثلثي الخدمة يختتم ثلثي المدبر، حتى ينقضي أجل الخدمة، والصدقة والخدمة في ذلك سواء، وإن تصدق على ابن له صغير في حجره، فمات ولا مال له غيره، أعتق ثلثه، وكان ثلثاه رقيقاً للورثة، ولم يكن ابنه الصغير أحق به، ولم يكن له منه بالصدقة قليل ولا كثير، وفرق ما بين الصغير والكبير والأجنبي في ذلك؛ لأن أولئك قد حازوا وأخذوا من يد السيد إليهم، وأنه في الولد الصغير، هو في يد الأب، ولم يخرج، وليس حوله للصغير في هذا يجوز؛ لأن المدبَّر، من الأشياء التي لا يجوز له فعله هذا فيه، ولا إخراجه من يديه، فكأنه في يديه لم يخرج منه يفعل، ولم

ينحز عنه كما حاز الكبير والأجنبي، ومما يدلك على ذلك، أن لو تصدق رجل على ابن له كبير، مالك لأمره، أو على أجنبي بصدقة، فجازاها وقبضاها ثم قام على المتصدق غرماؤه بدين، ولم يدر الصدقة، كانت قبل الدين، كانت الصدقة أولى حتى يقيم أهل الدين البيّنة أنها بعد الدين. ولو تصدق على ابن له صغير في حجره، يجوز لمثله صدقته، وقام عليه غرماؤه، فلم يدر الدين قبل، أم الصدقة، كان الدين أولى بها، حتى يعلم أنها قبل الدين، وكذلك قال مالك، وإلا بطلت الصدقة، ولم تكن تلك حيازة. قال ابن القاسم: وإن علم علي بمكروه الصدقة، فالمدبر في مسألتك في حيازة المتصدق، ردت الصدقة، كانت على كبير أو على صغير، وكان على تدبيره وماله، وإن قبضه الأجنبي والكبير وباعه، ثم مات السيد فعثر على ذلك بعد موت السيد رد وعتق في ثلث السيد إن حمله الثلث، ورجع المشتري بالثمن على بائعه إن كان له مال، ولا اتبعه به ديناً، فإن لم يترك السيد مالاً غيره عتق ثلثه، وكان المتصدق عليه أولى ببقيته عما فسرت لك. قال أصبغ بن الفرج: وأنا أخالف ابن القاسم في صدقة الصغير بغير المدبر، وأرى حيازة الأب حيازة وأراها أولى حتى يعرف أن الدين كان قبلها، وهي كحيازة الكبير في ذلك، فلا يفترق حيازة الكبير لنفسه ولا حيازة الأب الصغير، إذا كان تخلى منها، فيما في المدبر، فرأى على قوله، وليس من قبل الفرق في حيازة الكبير والصغير، ولكن من قبل أنه لم تحل إن كانت مما لا تخرج من يديه بعطية جائزة. وبالله التوفيق.

قال محمد بن رشد: وقوله في الذي يتصدق بالمدبر على من يجوز لنفسه، فيحوزهُ المتصدق، ثم يموت الذي دبره، ولا مال له: إنه يعتق ثلثه، ويكون ثلثاه رقيقاً للمتصدق عليه، معناه: إذا لم يعثر على ذلك حتى مات المتصدق، وأما لو عثر على ذلك في حياته، لفسخت الصدقة، ورد المدبر إلى الذي دبره؛ لأن المدبر لا يجوز بيعه ولا هبته ولا صدقته، أوجبه مارق منه إن لم يحمله الثلث، وخدمته من الآن فقبضه وحازه من الامن، يحفز ذلك ولم يرد، وكان للمتصدق عليه بعد موته مارق منه لأن هبة المجهول جائز، كما يجوز رهنه، لجواز رهن الغرر، ويكون المرتهن إذا حازه أحق به من الغرماء بعد الموت، يباع له دونهم على ما قال في المدبر من المدونة ولضَا لم يجز هبة المدبر، ووجب أن يرد وتبطل الحيازة فيه، إن عثر عليها قبل موت المتصدق، ويرد المدبر إليه، وجب إذا كانت الصدقة به على صغير ولده، أن يحكم ببطلان حيازته إياه له، فلا تعتبر بها اتفق ابن القاسم وأصبغ على ذلك، واختلفا إذا تصدق على صغير

ولده، ثم قام عليه الغرماء، فلم يعلم، الصدقة قبل، أم الدين؟ فقال ابن القاسم: الدين أولى، حتى يعلم أن الصدقة كانت قبله، وقال أصحبه: وهو قول مطرف وابن الماجشون، الصدقة أولى حتى يعلم أن الدين كان قبلها. ووجه ذلك، أن الأب لَما أشهد أنه قد تصدق على ابنه بهذه الصدقة، وحازها له، وجب قبول قوله، وإعمال حيازته، وإمضاء صدقته، ولا تُرد إلا بيقين أن الدين الذي ظهر، كان قبلها، وقول ابن القاسم أظهر؛ لأن حيازة الأب للصغير، لا تعلم إلا من قبله، فإذا قال قد حُزتُ لابني قبل قوله مع السلامة من الدين، فإذا لم يتحقق أن كان يوم أشهد أنه قد حاز لابنه ما تصدق به عليه، سالماً من الدين الذي ظهر عليه بعد ذلك، أو غير سالم منه، وجب أن لا يقبل قوله، وأن يقضي للغرماء بهذا المال، الذي يعلم ماله له، حتى يعلم خروجه عن ملكه قبل ديولْهم، فلا تبطل ديونهم إلا بيقين، إلا أن استدلاله على صحة قوله في إبطال حيازة الأب على ابنه الصغير، صدقة عليه بالدين، بطلان حيازته لما تصدق به، إذا لم يعلم إن كان الدين الذي ظهر قبلها أو بعدها لا يصح؛ لأنه من الاستدلال بالفرع على أصله، والحكم بثبوت الأصل قبل تسليمه. فرسالة المدبر المتفق عليها هي الأصل، وهذه المسألة المختلف فيها هي الفرع، وحق الفرع أن يرد إلى الأصل بالعلة الجامعة بينهما، ولا اختلاف بينهما في أن الكبير إذا حاز ما تصدق به عليه لا يخرج صدقته من يديه، لا يتحقق أنه قبلها، فإن تحقق أن الدين قبلها، ردت الصدقة باتفاق. واختلف في العتق، فقيل: إنه يرد، وقيل إنه لا يرد، وقيل إنه يرد إلا أن يطول، وقد حاول أن ذلك ليس باختلاف من القول، وأن ذلك يرجع إلى أنه يرد، إلا أن يطول.

وقد مضى ذكر هذا في رسم الأقضية الأول، من سماع أشهب من كتاب المديان والتفليس. ولا يعتبر عند ابن القاسم بتاريخ أحدهما، إذا جهل الأول منهما، ويعتبر به على ما حكاه ابن حبيب في الواضحة عن مالك وأصحابه، حاشا المغيرة، فتخرج على هذا في الصدقة على الصغار، أربعة أقوال: أحدها: إن الصدقة أولى من الدين، وإن كان الدَين مؤرخاً. والثاني: إن الصدقة أولى من الدين، إلا أن يكون الدين مؤرخاً، فيكون أولى من الصدقة، والثالث: إن الدين أولى من الصدقة، وإن كانت الصدقة مؤرخة، والرابع: إن الدين أولى من الصدقة، إلا أن تكون الصدقة مؤرخة، فتكون أولى من الدين وتخرج في الصدقة على الكبار قولان: أحدهما: إن الصدقة أولى من الدين وإن كان الدين مؤرخاً. والثاني: إن الصدقة أولى من الدين، ألا أن يكون الدين من مؤرخاً فيكون أولى من الصدقة ومن باع داراً ثم وهبها، أوتصدق بها، أو حبَّسها ولم يعلم،

كان البيع أولى أو الهبة أو الصدقة أو الحبس، فالبيع أولى وقع ذلك في كتاب الهبات من الصدقة، وتخرج في ذلك على القول باعتبار التاريخ، قول آخر، وهو أن البيع أولى، إلا أن تكون الهبة أو الصدقة أو الحبس مؤرخا فيكون أولى من البيع، وهذا إذا لم يقبض. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسألت عن الرجل يسأل امرأته في مرضه أن تضع عنه مهرها، أو تصدق عليه بشيء من مالها، فتفعل ذلك، ثم أرادت بعد موته، أو بعد أن صح من مرضه، أو تصدق عليه بشيء من مالها، فتفعل، ثم أرادت بعد موته، أو بعد الرجوع فيه، هل ترى ذلك لها بمنزلة الميراث؟

قال ابن القاسم: لا، ليس لها ولا يعجبني ذلك لها، صح أو مات، قضي فيه بشيء أو لم يقض، صرَفه إلى موضع أو لم يصرفه، وليست الديون ولا الصدقات في هذا بمنزلة المواريث. وهذا وجه الشأن فيه وهو قول مالك، ورواها أصبغ.

قال محمد بن رشد: لا اختلاف في أن ما وهبت المرأة لزوجها من مالها أو من صداقها عليه في مرضه، أو في صحته، لازم لها، وجائز عليها، ليس لها أن ترجع في شيء منه في حياته، ولا بعد وفاته، إلا أن يكون أكرهوا على ذلك بالإحافة والتهديد، أن يسألها ذلك، فتابع فيقول: والله لئن لم تفعلي ذلك لأضيقنَ عليك، ولا أدعك تأتي أهلك، ولا أدع أهلك يأتونك، على ما قاله في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم، من كتاب الدعوى والصلح، وما أشبه ذلك، فلا يلزمها؛ لأن إكراه الرجل امرأته إكراه على ما قاله في المدونة وقوله: ولا يعجبني ذلك لها، لفظ تجوز، والحقيقة فيه، ولا يسوغ ذلك لها، وقد يُكَنون بالمكروه عن الحرام، وأما إذا قالها في مرضه، أن تهب له ميراثها مما تخلفه، من بعضه فلا يلزمها ذلك، ولا أن نرجع فيه إذا مات، قضى فيه بشيء أو لم يقض، بخلاف الابن البائن عن أبيه، يسأله أبوه في مرضه أن يهب له ميراثه مما تخلفه، أو من بعضه، فهذا إن قضى فيه بشيء لزمه، ولم يكن له أن يرجع عنه على ما قاله في المدونة في الذي يستأذن ورثته أن يوصي بأكثر من ثلثه، فيأذنون له في ذلك، فيفعل، ثم يريدون أن يرجعوا فيما أذنوا له فيه بعد موته، أن ذلك لامرأته، وليس كان في عياله من ورثته، وإن كان مالكاً أمر نفسه، دون ما لم يكن في عياله، وكان بائناً عنه، ولا يلزم الوارث عنى حال ما أذن لموروثه فيه، في صحته من الوصية لبعض ورثته أو بأكثر من ثلثه. وقد مضى في رسم نقدها من سماع عيسى تحصيل القول في الوارث

يهب في مرض موروثه أو في صحته، أو بعد موته ميراثه منه لبعض الورثة والأجنبي. فلا معنى لإعادته.

مسألة:

قال وسألته عن الرجل يتصدق على الرجل بالجارية على أن يأخذها أم ولد، هل يحلُّ له وطؤها؟

قال ابن القاسم: لا يجوز له وطؤها على هذا الشرط، وإن وطئها فحملت أم ولد له، ولا قيمة عليه؛ لأنه قد اتخذها كما اشترط عليه، وليس بمنزلة التحليل في القيمة؛ لأن التحليل إنما حلّ له فرجها، ولم يعط رقبتها، وهذا قد أعطي رقبتها كلها، وإن وطئها فلم تحمل، رأيتها له أيضاً، ورأيتها مالا من ماله، يلحقها الديون إن لحقته، ويبيع ويصنع بها. ولا يفسخ عنه الصدقة ولا ترد؛ لأنه إنما أعطيها على الوطن، وعلى طلب الولد، فقد وطاء فإذا وطاء فقد طلب الولد، فأرى وطْئه إياها فوْتاً، حملت أو لم تحمل، ولا قيمة عليه، حملت أو لم تحمل.

قال محمد بن رشد: قوله: لا يجوز له وطؤها على هذا الشرط معناه: إن ذلك لا يجيزه حتى يوقف المتصدق، فإما أن يسقط الشرط، وإما أن يسترد الجارية، فإن مات المتصدق قبل أن يوقف على ذلك يخرج الحكم في ذلك على قولين: أحدهما إن ورثته ينزلون منزلته في ذلك، فيخيرون بين إسقاط الشرط أو استرجاع الجارية ما لم تِفُت بوطء على مذهب، أو يحملْ على مذهب أصبغ، والثاني: إن الصدقة تبطل إن مات قبل أن تفوت الجارية عند المتصدق عليه بوطءٍ أو بحمل، على اختلاف قول ابن القاسم وأصبغ فالصدقة على القول الأول على الإجازة حتى ترد، وفي القول الثاني على الرد حتى تجاز، فلا اختلاف في أنها تفوت بالحمل إذا أحبلها قبل أن يوقف المتصدق على إسقاط الشرط، أو استرجاع الجارية، فتجب له دون قيمته، واختلف هل تفوت بالوطء؟ فأفاتها ابن القاسم في هذه الرواية، ولم يفتها به أصبغ على ما حكى ابن حبيب في الواضحة وأراد عنه أنه، وفاتها بالبيع وبالعتق أو التدبير، أو ما أشبه ذلك، قبل أن يعلم بفساد الصدقة، لزمته القيمة؛ لأنها فاتت في غير ما أُعطيت له، واستحسن ابن حبيب قول أصبغ، وأخذ به، ويتخرج في المسألة قول ثالث وهو أن تجوز الصدقة ويبطل الشرط، على ما قاله في المدونة في الذي يحبس الدار على رجل وولده، ويشترط أن ما احتاجت إليه من مرحة، رحمها المحبس عليهم إن الدار تكون حبساً على ما جعلها عليه، ولا يلزمهم ما شرط عليهم من مرمتها، وتكون مرمتها من غلتها.

وقد مضى في رسم إن خرجت الكلام مستوفى في الذي يهب للرجل الهبة، على أن لا يبيع ولا يهب، وهو معنى هذه المسألة، فقف على ما مضى من الكلام في ذلك، وتدبره، ومن تصدق على ولده الكبير بصدقة على أن لا ميراث له منه، فالصدقة باطل، إن كان الشرط في أصك الصدقة، وإن كان أنشد إذ ذلك عليه بعد الصدقة وإن قرب، فالصدقة قول مطرف وابن الماجشون، واصبغ، واختلفوا إن كانت الصدقة على صغير، فقال أصبغ: إن ذلك بمنزلة إذا كانت على كبير، واختاره ابن حبيب، وقال ابن الماجشون. الصدقة ماضية، والشرط باطل، كان الشرط مع الصدقة أو بعدها، وقال مطرف: إن كان الشرط مع الصدقة، أو في قربها، باليوم واليومين، فالصدقة باطل، وإن تباعدت السواء بعد الصدقة فالصدقة ماضية، والسواء باطل وهذا أضعف الأقوال. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسألت عن الرجل يقول لامرأته خمسون ديناراً(١) من مالي صدقة عليك، إلى عشر سنين، إلا أن تموتي قبل ذلك، فلا شيء لك، وهي لولدي قال ابن القاسم: فهو على ما قال، إن بقيت المرأة إلى عشر سنين، أخذتها، إن كان الزوج حيًّا صحيحاً، وإن ماتت المرأة قبل ذلك، فلا شيء لورثتها، وهي للولد كما جعل، إذا جاءت العشر سنين، وهو حي صحيح، وإن مات الرجل قبل العشر سنين، فلا شيء لا للمرأة ولا لغيرها، وإن أوفت العشر سنين، والرجل مريض، والمرأة باقية، ثم مات من مرضه، فلا شيء لها، في ثلث ولاروس مال؛ لأنها بمنزلة من تصدق عليها بصدقة فلم تقبضها حتى مات المتصدق، فلا شيء للمتصدق عليه حينئذ في ثلث ولا غيره.

فإن قلت إن هذا أنني الأجل عليه وهو مريض، فساعتئذ وجبت، فكأنها صدقة في العرض، فصدقت، ولكن الأصل كان في الصحة، وبه يتم؟ فمن هناك بطلت، وما يدل على ذلك، الرجل يعتق عبده، بعد عشر سنين، وهو صحيح، فتأتي العشر سنين، والسيد مريض، فلا يضر ذلك العبد، ويكون حراً من رأس المال؛ لأن الأصل كان في الصحة يجوز له القضاء في ماله.

---

(١) ولا يقضي بالحيازة إلا بمعاينة البينة لحوزه في حبس أو رهن، أو هبة، أو صدقة، ولو أقرّ المعطي في صحته أن المعطى قد حاز وقبض وشهدت عليه بإقراره بينة، ثم مات لم يقض بذلك إن أنكر ورثته حتى تعاين البينة الحوز ا هـ. مواهب الجليل ٧٢/٦.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة صحيحة لا إشكال فيها؛ لأنها صدقة تصدق فيها في صحته، أوجبها على نفسه في ذمته كامرأته إن بقيت إلى عشر سنين، أو لولده إن ماتت قبل العشر سنين، فإن أتت العشر سنين، وهو حي صحيح، وجب الخمسون لها إن كانت حية، مريضة كانت أو صحيحة، وإن كانت قد ماتت قبل ذلك، كانت الخمسون لولده إن كان حياً صحيحاً كان أو مريضاً ولورثته إن قد مات، وإن أَتت العشر سنين، وهو مريض أو مات قبل ذلك، لم يكن لواحد منها شيء ولا لورثته؛ لأنها صدقة إن تحز على المتصدق حتى مرض أو مات. وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسألت عن الرجل يقول وهو صحيح: ثلاثون ديناراً من مالي صدقة على فلان، عشت أو مت، أو يقول: ثلاثون ديناراً من مالي صدقة على فلان[1]، إلى عشر سنين، أو عبدي على مثل ذلك، قال ابن القاسم: أما الذي قال ثلاثون ديناراً من مالي صدقة عليه عشت أو مت، فهو إن قام عليه في حياته، أخذها منه متى قام عليه، وإن مات الواهب قبل أن توجد منه، كانت في الثلث، وأخذها من ثلثه، وإن مات المتصدق عليه قبل أخذها فورثته في كتابه لهم ما كان في حيازة المتصدق، وبعد مماته، وكذلك هو في العبد، لو قال ذلك فيه، وجعل له فيه، مثل ما جعل في الدنانير، هما سواء؛ لأن هذا بتْلٌ قد بتَّله له عاش أو مات، وأما الذي قال بعد عشر سنين، فلا شيء له، إلا العشر سنين، فإن أتت العشر السنون والمصدق حي أخذها، دنانير كانت أو عبداً، وإن مات المتصدق عليه بها بعد العشر سنين، فورثته في مثابته بعد عشر سنين، وإن مات المتصدق بها قبل العشر سنين، فلا شيء للمتصدق عليه ولى لورثته، عاجلاً ولا إلى

(١) قال في المقدمات وللتحبيس ثلاثة ألفاظ حبس ووقف وصدقة ثم قال وأما الصدقة فإن تصدق بذلك على معينين ولا محصورين مثل أن يقول هذه الدار صدقة على فلان فهذا لا اختلاف فيه أنها لفلان ملك يبيعها ويهبها وتورث عنه وإن تصدق بها على غير معينين ولا محصورين مثل أن يقول هذه الدار صدقة على المساكين أو في السبيل أو على بني زهرة أو بني تميم فإنها تباع ويتصدق على المساكين على قدر الاجتهاد إلا أن يقول صدقة على المساكين يسكنونها أو يستغلونها فتكون حبسا على المساكين للسكنى والاغتلال ولا تباع وإن تصدق بذلك على غير معينين إلا أنهم محصورون مثل أن يقول داري صدقة على فلان وعقبه هل ترجع بعد انقراض العقب مرجع الأحباس على أقرب الناس بالمحبس أو تكون لآخر العقب ملكا مطلقا. مواهب الجليل ٣٤٤/٧.

عشر سنين، لا في ثلث ولا في رأس مال، ولا غير ذلك؛ لأنها بمنزلة صدقة لم تقبض، حتى مات، فهي باطل، ليست بشيء في ثلث ولا غيره، وإن استحدث المتصدِّق بها ديناً قبل العشر سنين، بيعت هذه الصدقة في دينه، إن كان شيءٌ بيانه، وبطلت الصدقة، ولكن إن أراد المتصدق بها بيعها من غير دين يلحقه، منع من ذلك، ولم يكن له ذلك، وإن كانت جارية لم يطأها، وروى أصبغ عن ابن القاسم مثله.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم شي الذي قال في صحته: ثلاثون ديناراً من مالي صدقة على فلان، عشت أو مت، وقال ذلك في عبده، إنه إن قام عليه بصدقته في حياته، أخذها منه متى ما قام عليه، بينٌ صحيح، لا اختلاف فيه بين مالك وجميع أصحابه؛ لأنها صدقة بتلها في صحته وبعد موته، فيحكم عليه بها في صحته من رأس ماله، وبعد موته من ثلثه كما قال، إلا أنه يختلف إن لم يقم عليه بها في صحته حتى مات، فوجب أن يكون في ثلث ماله، هل يكون حكمها حكم الوصية في جميع أحوالها[1]؟

فيكون للمتصدِّق أن يرجع فيها، ويدخل إلا فيما علم به من ماله، ويبطل بموت المتصدَّق عليه قبله، فلا يكون لورثته، ويحاط بها المتصدق عليه أهل الوصايا، ولا يحكم بها للمتصدق عليه في مرض المتصدق إن كان له أموال مأمونة، أو لا يكون حكمها حكم الوصية في شيء من ذلك، فلا يكون للمتصدق أن يرجع فيها، ويدخل فيما علم به من ماله، وفيما لم يعلم، ولا تبطل بموت المتصدق عليه قبله، فينزل ورثته فيها منزلته، وتبدأ على الوصايا ويحكم للمتصدق عليه بها على المتصدق في مرضه إن كانت له أموال مضمونة، فيأتي على قياس مقول ابن القاسم في هذه الرواية: إنه إن مات المتصدق عليه بها قبل أخذها في مثابته، لهم ما كان له في حياة المتصدق، وبعد

(١) وسقط المزيد فقط بالموت (ش) يعني أن من زاد زوجته بعد العقد عليها زيادة على صداقها الذي تزوجها به ثم مات قبل أن تقبض الزوجة الزيادة فإنها تسقط بالموت الحاصل للزوج قبل البناء لأنها عطية لم تقبض ومثل الموت بقية موانع الهبة وظاهره البطلان ولو حصل الإشهاد قبل الموت وهو ظاهر ؛ لأنها عطية لم تقبض إلى حصول المانع والإشهاد الكافي في الهبة إنما هو إذا استصحبها قاصدا دفعها أو إرسالها وليس هذا من ذاك، وأما موت الزوجة فلا يبطل الهبة سواء أشهد الزوج أم لا لحصول القبول منها قبل الموت وليست كمسألة الهبة المشار إليها بقوله أو استصحب هدية أو المعينة له إن لم يشهد الآتية في باب الهبة ؛ لأنها لم يتحقق فيها قبول الموهوب بل قبوله محتمل. شرح مختصر خليل ٣٦٢/٥.

مماته، وهو قوله في سماع سحنون بعد هذا: إنه لم يقم بصدقته حتى مات المتصدق حكم له فيها بثلثه، ويدعي بها على الوصايا، وأما إن قام عليه بها في مرضه؟ وله أموال مضمونة، حكم له بها، وأنه لا يكون للمتصدق الرجوع فيها فيختلف من هذه المسألة في هذه الخمسة مواضع، إذا لم يقم بصدقته حتى مرض أو مات هل يحكم له بحكم الوصية فيها أم لا؟ وحكم لها محمد بن دينار في المدينة بحكم الوصية، في أنها تبطل بموته قبل موت المتصدق دون سائر أحكامها التي ذكرناها، فيقال: إنه إن قام في صحته، أخذها من رأس ماله، وإن مرض قبل أن يأخذها، أو مات، كانت له من ثلثه، مبدأ أةً على الوصايا؛ لأنه لم يقدر على الرجوع فيها، ولو كانت له أموال مضمونة، حكمت بها للمتصدق عليه بها في مرضه قبل موته من ثلثه، فيما إن مات المتصدق عليه بها في مرضه قبل موته من ثلثه، فيما إن مات المتصدق عليه في حياة المتصدق في صحته، كانت لورثته، وإن لم يقبضها ورثته حتى مات، لم يكن لهم شيء. قلت: فإذا مات المتصدق عليه بها قبل المتصدق، فورثته في مثابته ما دام المتصدق حياً، فإذا مات المتصدق، بعد موت المتصدق عليه، لم يمكن لورثة المتصدق عليه فيها حقّ قال: نعم، لأني لم أقدر أُعطيهم بصدقة الصحة، إن صدقة الصحة لا تثبت إلا بالحيازة، فبطلت صدقة الصحة، حين لم تُحَل في الصحة بما تحاط به الصدقات، فبطلت صدقة الصحة، وبقيت له الوصية، وإن كانت مؤكدة، فقد مات الوصي له بها قبل أن تجب له الوصية، ولا شيء لمن مات من أهل الوصايا قبل موت الموصي. هذا نص قول ابن دينار، وليس بقياس.

قال محمد: فاستحب للكاتب أن يكتب في الصدقة عاش أو مات، فإنه إن مات قبل أن يحوز، كان في الثلث، وليس ذلك بصحيح، وإنما الذي يستحب له أن يعلمه بالحكم في ذلك، فيكتب ما يختار أن يعلمه على نفسه[1].

---

(١) فحاصله أن الصدقة المبتلة، ومثلها العطية المبتلة يقدمان على الوصايا على القول المروي عن مالك وعن أكثر أصحابه، وهل يقدمان على الموصى بعتقه اختار ابن القاسم تبدئة الموصى بعتقه، والله أعلم.

وهل تحتاج العطية في المرض إلى حوز ففي المنتقى عدم احتياجها انظره فيه بعد يشير، والله أعلم إلى قول الباجي في المنتقى في الوصايا في ترجمة الوصية في الثلث في شرح قوله في الحديث إياهم وثلث مالي قال لا فضل إن حملنا قوله أنا أتصدق بثلث مالي على بتل الصدقة في المرض، والنبي عليه السلام منع من ذلك وعلى هذا فقهاء الأمصار أنه لا يجوز للمريض أن =

وقد مضى الكلام في الموطأة التي قبل هذه، في الذي قال ثلاثون ديناراً من مالي صدقة، على فلان إلى عشر سنين. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله باع شاة واستثنى جلدها

قال عيسى: وسألته عن الرجل ينحَلُ ابنته نِحْلَةً، فيتزوجها رجل على تلك النحلة، ثم يموت عنها أو يطلقها، فيزيد أبوها اعتصار تلك النحلة، هل يكون ذلك، وقد دخل زوجها بها فمات عنها، أو طلقها، والصدقة في يدها، أو لم يدخل بها حتى مات عنها زوجها أو طلقها؟ قال ابن القاسم: ليس له أن يعتصرها، دخل بها أو لم يدخل؛ لأنها إنما انكبت عليها، فهو شيء بمنزلة ما قد فات وقد يمنع الأب ما دون هذا، أن يهب الجارية لابنه، فيطؤها الابن، فلا يكون له أن يعتصرها، وكل من وهب لابنه هبة أو نحلةُ نحلاً من ذكر أو أنثى حتى تنكح عليها، أو يُداين بها، فيرهقه دين، ثم يطلق الابن المرأة أو يطلق الزوج الجارية أو يستحدث الابن ما لا يؤديه في دينه، فلا اعتصار للأب في شيء من ذلك كله وهو وجهُ ما كنوت أسمع قال ابن القاسم: والمرض مخالف لهذا؛ لأن المرض أمرٌ لم يعامله الناس عليه، فلو مرض أحدهما، لم يكن للأب أن يعتصر في مرض واحد منهما، ولو صحَّا بعد ذلك، كان الأب أن يعتصر. قال سحنون: إذا مرض هو نفسه، فأراد أن يعتصر، فليست ذلك له قيله له: فإن أفاق فأراد أن يعتصر، قال: ذلك له، وليس يشبه المعتصر المعتصر منه. قال أصبغ: إذا صح المريض منهما أو طلق الابن، أو طلق الابنة زوجها أو ودَّى ذو الدين منهما دينه، فليس للأب أن يعتصرها بعد ذلك؛ لأن الأب قد امتنعت عصرته منه لفظا أحدث بها العمرة، فإذا انقطعت العصمة بشيئ من هذه الأشياء التي انقطع من هذه الأشياء يوماً واحداً لم تعد أبداً ولم يكن له أن يعتصرها، وأما من وهب لابنه وهو متزوج، أو لابنته وهي متزوجة، أو هو مريض، أو مريضة، أو مديان، فإن له أن يعتصر منهما إذا وهب لهما في هذه الحالات، فله العبرة فيها حتى يحول حاله إلى غير ذلك.

قال محمد بن رشد: الأصل في الاعتصار قول النبي عليه السلام: " لا يَحِل لأحَدٍ

=

يبتل من ماله إلا ثلثه بصدقة أو هبة أو عتق أو محاباة في بيع، فإن زاد على ذلك فالزيادة موقوفة، فإن أفاق من مرضه ذلك لزمه جميعه، وإن مات من مرضه ذلك فحكمه حكم الوصية إن أجازه الورثة. مواهب الجليل ٢٨١/٧.

أَنْ يَهَبَ هِبَةً[1] ثُم يَعُود فِيها إلا الوَالِدَ ". وقوله صلى الله عليه وسلم للنعمان بن البشير بن سعد، في الغلام الذي كان نحله ابنه النعمان: " أَرْتَجِعْهُ " إذا لم ينحل سائر ولده مثل الذي نحله، فالرجل يعتصر ما وهب لولده، ما لم يداين، أو ينكح أو يمرض، أو يموت، أو يمرض الأب أيضاً أو يُداين، فليس له أن يعتصر لغرمائه ولا لهم ذلك، قال ابن المواز، فهذا ابن الأب ديناً لا يفي به ما له سوى الهبة، أو نكح على الهبة، أو بسببها، ارتفعت العمرة، ولا حجة للغرماء، إذ استدان ديناً يفي ماله سوى الهبة، ألا ترى أنه لو وهبها لغير الأب، لم يكن للغرماء في ذاك حجة، إذا اعتصرها الأب؟ واختلف إذا نكح وداين بغير سبب الهبة، مثل أن يكون الابن موسراً فيهب له أبوه الشيء اليسير الذي يعلم أنه لم يزوج ولا داين من أجل الهبة[2]، فقال ابن القاسم: من ذلك لا يقطع العمرة، وهو قولُ مطرف، وروايته عن مالك، وقول أصبغ، وابن الماجشون: إن ذلك يقطع العشرة والذكر والأنثى في ذلك سواء. وذهب ابن دينار، إلى أن نكاح الابن الذكر على الهبة، لا يقطع الاعتصار فيها، بخلاف الابنة، وهو دليل قول عمر بن الخطاب في المدونة من أنه قضى أن الولد يعتصر، ما دام يرى ماله، ما لم يمت صاحبها فيقع فيها المواريث، أو تكون امرأة تنكح، خلاف مذهب ابن القاسم في هذه الرواية، ومن سواه، وإذا مرض المعتصر أو المعتصر منه، فالمشهور أن ذلك يقطع العشرة وروى أشهب عن مالك في كتاب ابن المواز: أن يعتصر. وإن كان مريضاً، قال: ولو كان الابن هو

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٧٦)، وأخرجه النسائي في سننه (٣٦٦٣)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢٢٣٥)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٦٢٩٩)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٦١٠)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١١١٠٤)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٣٢١)، وأخرجه البزار في مسنده (٢٨١٨)، وأخرجه أبو بكر البزار في البحر الزخار (٦٩٠)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٣٢٩٢)، وأخرجه مالك في المدونة الكبرى (٦٠٤).

(٢) قال الدماميني في كتاب الشهادات في قوله عليه الصلاة والسلام (لا أشهد على جور) قال المهلب في الحديث من الفقه: إن الإنسان لا يضع اسمه في وثيقة لا تجوز ومن العلماء من رأى جوازه بقصد الشهادة على الممنوع ليرد، قال ابن المنير: إنما يريد لا يضع خطه في وثيقة بظاهر الجواز مع أن الباطن باطل وأما المساطير التي تكتب لإبطال المفاسد بصيغة الاستدراك لا البناء فلا خلاف ولا خفاء في وجوب وضع الشهادة فيها، ولو وضع شهادته في وثيقة كتبت بظاهر الجواز والعقد فاسد زاد في خطه فقال: والأمر بينهما في ذلك محمول على ما يصححه الشرع من ذلك أو يبطله ومثل هذا الموضع لا يكاد يختلف فيه انتهى.وانظر الواضحة في الكلام على شهادة الشاهد بما لا يرى جوازه. مواهب الجليل ٣٠٦/٥.

المريض، فلا أدري وقال ابن نافع: للسيد أن يعتصر مال مدبره وأئمة ولده في مرضه، وإن كان الانتزاع حينئذ لغيره، فعلى هذا يكون الأب أن يعتصر في مرضه. واختلف على القول بأنه يقطعها، هل يعود بزوال المرض؟ على ثلاثة أقوال: أحدها من البصرة تزول بزوال المرض، كان المريض منهما هو المعتصِر أو المعتصر منه، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية، قال: لأن المرض أمر لم يعامله الناس عليه، فهو بخلاف النكاح والمداينة، وهو قول مطرف والمغيرة وابن دينار. والثاني إنها لا تعود بزوال المرض، وهو قول أصبغ في هذه الرواية وقول ابن الماجشون، وروايته عن مالك، والقول الأول أظهر؛ لأن الاعتصار إنما امتنع في المرض، مخافة الموت، فإذا زال المرض، ارتفعت العلة بزواله، ولو اعتصر في المرض، فلم يعثر على ذلك حتى صح، لوجب أن يمضي. ولو قيل: إن الاعتصار في المرض يكون موقوفاً حتى ينظر، هل يصح أو يموت؟ لكان هو وجه القياس والنظرة والثالث قول سحنون في تفرقته بين مرض المعتصِر والمعتصَر منه، ولا يقطع العشرة في الهبة فواتها، بحوالة الأسواق، ويختلف فواتها بتقريرها في الزيادة والنقصان، فقال مطرق وابن الماجشون: إن ذلك لا يقطع العمرة، وذهب أصبغ إلى أن ذلك يقطعها، وسيأتي في سماع سحنون بقية القول في هذا المعنى إن شاء الله. وكذلك اختلفوا في وطء الابن الجارية الموهوبة، هل يقطع العبرة فيها أم لا[١]؟ فذهب أصبغ إلى أن ذلك يقطعها، ورواه عن ابن القاسم وهو قوله في المدونة، وفي هذه الرواية، وذهب مطرف وابن الماجشون إلى أنه لا يقطعها؛ لأن ذلك لا يمنعه من بيعها وما يريد من الانتفاع بثمنها، إلا أنها توقف بعد العمرة، فإن صح حملها، تمت العمرة، وإن ظهر الحمل امتنعت العمرة، فلا اختلاف في أن يموت الموهوب له يقطع الاعتصار. واختلف إذا وقعت الهبة في الحال الذي إذا حدث بعد الهبة، قطع الاعتصار، مثل أن يهب له وهو مريض أو مديان، أو يتزوج فقال ابن الماجشون: لا عشرة في ذلك، وإياه اختار ابن حبيب، وقال أصبغ: له أن يعتصر، ما

---

(١) (قوله: بالغ) أي ولد موهوب له بالغ وظاهره ولو حرم الوطء كوطء حائض ويصدق الولد في أنه حصل منه الوطء لتلك الجارية الموهوبة إذا علمت الخلوة بينهما وحاصل المسألة أن الأمة الموهوبة إما أن تكون ثيبا، أو بكرا والولد الموهوب له إما بالغ، أو غير بالغ فإن كانت ثيبا أفات اعتصارها وطء الولد البالغ لا وطء الصغير وإن كانت بكرا فيفوت اعتصارها بافتضاضها مطلقا من بالغ، أو صبي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٧٨/٧.

كانت الحال واحدة، مثل يوم وهب، والأم فيها تهب لابنها الكبير المالك لأمر نفسه، في الاعتصار، بمنزلة الأب، يعتصر ذلك منه، ما لم يداين أو ينكح أو يمرضه أو يموت، وكذلك تعتصر ما وهبت لابنها الصغير، إذا كان له أب، وإن حاز الهبة عنها، ولا يعتصر ما وهب له إذا كان يتيما يوم الهبة، وأصابه اليتم بعد ذلك، هذا مذهب ابن القاسم ومطرف وروايتهما عن مالك، وذهب ابن الماجشون، إلى أنها لا تتعثر ما وهبت لابنها إذا حاز الهبة عنها أبوه، أو وصيُّه أو هو كان يلي نفسه، وإنما تعتصر ما وهبت له إذا كانت هي التي تليه، فلم تخرج الهبة عن يدها. واختلف في الجد والجدة، والمشهور أنه لا عشرة لهما وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك، وروى أشهب عنه في كتاب محمد أن للجد الاعتصار، قال: لأنه يقع عليه اسم أب. ووجه القول الأول أن الهبة قد انتقلت إلى ملك الموهوب له، فلا تخرج عن ملكه بيقين، وهو الأب الذي ورد فيه النص، والاعتصار لا يكون في الصدقات إلا بشرط، وإنما يكون في العطايا، من النحل، والهبات، وشبهها. واختلف إذا وهب، فقال في هبته: لله، أو لوجه الله، أو لطلب الأجر والثواب من الله، فقيل: إنه ليس له أن يعتصر ذلك إلا بشرط، وهو قول ابن الماجشون، وقيل: له أن يعتصر وإن لم يشترط البصرة ما لم يسمها صدقة، وهو قول مطرف. وسيأتي ذلك في نوازل سحنون وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن الرجل البائن من أبيه الذي له المال، الناقد التاجر، الذي ليس بمولى عليه في شيء من أموره نحله أبوه نحلة، ثم تزوج بعد ذلك، وهو ممن لا يزوج لتلك النحلة فيما يرى الناس، هل لأبيه أن يعتصر تلك العطية؟ قال ابن القاسم: نعم، له أن يعتصرها ما لم يأت من ذلك ما يكون عليه زيادة كبيرة، ويعلم أنه إنما زوج بذلك، فأما الرجل صاحب ألف دينار، ينحله أبوه العبد، أَو يهبه له ثمن العشرين ديناراً أو الثلاثين، وما أشبهه من الأشياء ثم يتزوج، فيريد أن يعتصره أبوه، فهذا لأي منح منه؛ لأنه يعلم أنه لم يزوج لمكان هذا العبد، وإنما لغناه.

قال محمد بن رشد: قد تقدم ذكر الاختلاف في أثناء هذه المسألة التي قبلها، وهذا القول أظهر؛ لأن الأصل وجوب العشرة للأب إلا أن يمنع من ذلك مانع، من حقّ زوج، أو غريم، أو وارث، وما أشبه ذلك من المعاني القاطعة للاعتصار. وبالله

التوفيق[١].

ومن كتاب العتق

قال عيسى: قلت لابن القاسم: لو أن رجلا وهب لرجل عبدين هبة ثواب، أو وهب له ثوبين، فأقاما في يديه أياماً ثم ارتفعت لهما قيمة، وسوق، فأعطاه الموهوب له أحد العبدين، أو أحد الثوبين مثوبةً له، قال عيسى: ليس له أن يعطيه أحد عبديه ثواباً أو أحد ثوبه ثماراً. قلت: وإن ارتفعت قيمة أحدهما حتى يكون مثل قيمتهما يوم حبهما قال: نعم، إلا أن يرضى الواهب.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، لو أراد أن يرد أحدهما ويعوضه من الآخر، كان الأدنى، أو الأرفع، لم يكن له ذلك على مذهبه في المدونة وهو الصحيح في القياس والنظر، خلال قول أصبغ في نوازله بعد هذا من هذا الكتاب؛ لأنه قادر على أن يأخذهما أو يردهما جميعاً، فليس له أن يأخذ أحدهما ويرد الأخرى كما لو بيعا على الخيار، أو كما لو استحق بين يدي المشتري فأراد المستحق أن يأخذ بعضها ويجيز البيع في بعضها، بخلاف استحقاق أحد الثوبين أو العبدين، أو الباقي لازم للمشتري، إذ لا قدرة للمستحق إلا ما استحق خاصة، فإذا لم يكن له أن يشبه من أحدهما، ويرد إليه الآخر، فأحرى ألا يكون له أن يرد أحدهما ولا يشبه من الآخر، لأنه إنما ملك في أن يردهما جميعاً أو يعوضه منهما جميعاً، فليس له سوى ذلك. وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت لابن القاسم: ما أمر الهبة ومكثها عند الذي وهبت له حتى يجب عليه ثوابها؟ قال: قال مالك: إذا تغيرت بِنَماءٍ أو نقصان، قلت لابن القاسم: وإن طال مكثها، قال: نعم. قال ابن القاسم: إلا أن يريد فيأبى أن يُثيبه، فلا يلزم الموهوب له ثواب، والواهب على هبته، يأخذها إن شاء ولا يلزم الموهوب له ثواب، إذا كانت على حالها، وفضل

---

(١) يعني أنه إذا أوصى لجيرانه، فإنه يعطي الجار وزوجته، وأما زوجة الموصي فلا تعطى كانت وارثة أم لا لأنها ليست جارا، وأما عبد الجار مع سيده فلا يعطى من الوصية شيئا نعم إن كان منفردا عن سيده بالسكنى، فإنه يعطى، وسواء كان سيده جارا أو لا ويعطى ابن الجار الكبير البائن عن أبيه بنفقته، ولا يعطى من الوصية ضيف، ولا تبع والفرق بين الزوجة والعبد قوة نفقة الزوجة لأنها معاوضة وهل يدخل، ولد الجار الصغير وابنته البكر، أو لا يدخل فيها في كل قولان لسحنون وابن الماجشون. شرح مختصر خليل ٢٩٣/٨.

حال، وكذلك بلغني عن مالك. قال ابن القاسم: فإن كانت جارية فوطئها الموهوب له، لزمه قيمة الثواب، وتعجيله، فإن فلس الموهوب له، كان للواهب ما وهب، إلا أن يشاء الغرماء أن يدفعوا إليه قيمتها يوم وهبها ويأخذوها. قال ابن القاسم: النَّماء والنقصان فوت، وُيجبَر الموهوب له على الثواب[1].

قال محمد بن رشد: مذهب ابن القاسم في الهبة للثواب، أن الواهب إذا دفعها للموهوب له، فقد ملكه إياها بقيمتها، وانقطع خيارُه فيها، فكان الموهوب له هو المخير، بين أن يردها أو يُثيبه فيها بقيمتها، ما لم تفت عند الموهوب له. قال مرة بالنمو والنقصان، وهو قوله في المدونة وأحد قوليه في هذه الرواية، ويلزمه القيمة فيها وينقطع خياره. وأما طول الزمان، وحوالة الأسواق، فليس يفوْت ولم يختلف في ذلك قوله، ووقع في كتاب الشفعة من المدونة ما يدل أن الواهب أحق بهبته، وهو بالخيار فيها ما لم يرض منها حتى تفوت عند الموهوب له بزيادة أو نقصان، وهو قوله فيه: لأن الناس إنما يهبون الهبات للثواب، رجاء أن يأخذوا أكثر من قيمة ما أعطوا، وإنما رجعوا إلى القيمة حين تشرحوا بعد تغير السلعة، ومثله في المدونة من رواية عيسى عن ابن القاسم، خلاف رواية محمد بن يحيى السيابي عن مالك فيما قال، وحدثني محمد بن يحيى السيابي أنه سمع مالكاً يسأل عن الرجل يهب الهبة لرجل رجاء ثوابها، فيُثبته بقيمتها أو بأكثر من ذلك، فيقول الواهب: لا أرضى بهذا ثواباً، ولم يبلغ فيه رضاي كيف الأمر فيه؟ قال: لا ينظر في هذا إلى قول الواهب، وشمال عن تلك الهبة، أهل البصر، فيعطي قيمتها، وليس له غير ذلك، وليس له على الموهوب له في هبته قيمتهما خمسون ديناراً، إلا أن يشاء، وليس للواهب على الموهوب له أكثر من قيمته قال عيسى: قال ابن القاسم: إنما هذا إذا فاتت أو نقصت، فيما إذا لم تفت، وكانت قائمة بعينها، وهي على حال ما وهبها أو أفضل، فهو مخير بين أن يأخذ ما أشبه، وبين أن يأخذ هبته، وليس النمل في الهبة فوتاً، وإنما الفوت فيها النقصان، وذهب مطرف إلى أن الواهب أحق بهبته، وهو بالخيار فيها ما لم يرض، وإن فاتت حتى يفوت موضع الرد

---

(١) في الموهوب له يفلس والهبة قد تغيرت في يديه بنماء أو نقصان قلت: أرأيت إن وهبت هبة للثواب فتغيرت الهبة في يد الموهوب له بزيادة بدن أو نقصان، ففلس الرجل والهبة عنده فقام عليه الواهب فقال: أنا أولى بهبتي ؟ قال: ذلك له في قول مالك بن أنس، إلا أن يرضى الغرماء أن يعطوه قيمة الهبة فيكونون أولى بها. المدونة ٢٥٥/٧.

فيها بموت وما أشبه ذلك، فحينئذ تلزمه القيمة، ولا يكون لواحد منهما في ذلك خيار، وروى ذلك عن مالك، وهو معنى حديث عمر. وروى ابن الماجشون، عن مالك أن الهبة للثواب إذا قبضت، لزم الموهوب له فيها القيمة بالقبض، ولم يكن فيها رد ولا استرداد، إلا عن تراض من الواهب والموهوب له، زادت أو نقصت، أو كانت على حالها، وهو قول رابع في المسألة. وقوله: إن الهبة للثواب إذا كانت جارية، فوطئها الموهوب له، إن وطاه إياها فَموت يلزمه قيمتها، صحيح، لا اختلاف فيه؛ لأن وطأه إياها على مذهب ابن القاسم، رضي منه بالقيمة، فليس له أن يردها، ولا للواهب أن يستردها، إذ قد كان يلزمه أخذ القيمة فيها قبل أن يراها الموهوب له. وقال مطرف وابن الماجشون وأصبغ: إن الغيبة عليها فَوْتٌ فيها، وإن لم يطل، تلزمه بها القيمة فيها، ولا يصح الرد فيها وإن لم تحمل لأن ذلك ذريعة إلى إحلال الفرج بغير ثمن[1].

وأما قوله في التفليس: إن الواهب أحق بهيبته، إلا أن يشاء الغرماء أن يدفعوا إليه قيمتها يوم الهبة، فقد مضى الكلام على ذلك وتوجيه الاختلاف فيه في أول سماع ابن القاسم من هذا الكتاب، فلا معنى لإعادته.

مسألة:

قال: وسألته عن رجل مريض، وهب لرجل مريض هبة ولا مال له غيرها، فقبضها الموهوب له وهو مريض، فوهبها للواهب، ولا مال له أيضاً، قال: يجوز للموهوب له الأول، ثلثه من تسعة، من مال الواهب، ويحوز الواهب الأول من هذه الثلاثة واحدة وهو ثلث مال الموهوب له الأول، فيصير في يد الأول سبعة، وفي يد الواهب الآخر اثنان، وأصل الذي يستدل به، أن ينظر إلى مال له ثلث، ولثلثه ثلث، وذلك تسعة، فعلمت أنه بحوز للموهوب له ثلثه، وللواهب ستة، وأنه يرجع إلى الواهب الأول سبعة، ولورثة الواهب الآخر اثنان[2].

---

(١) النكت: أما الأب فتجوز هبة مال ولده للثواب بخلاف الوصي لأن الهبة للثواب إذا فاتت بيد الموهوب إنما عليه قيمتها والوصي لا يبيع له بالقيمة.وفي نوازل عياض في رجل تصدق على بنته بعقار ثم باع ذلك العقار باسم نفسه من ابن له فوجد زوج البنت المذكورة عقد الصدقة في تركة الأب قال: تحلف ما علمت بالهبة إلا الآن وتصح الهبة لها، وأما البيع فماض وتطلب تركته بالثمن لما روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فيمن تصدق على ابنه الصغير بدار أو عبد ثم باعه فإن ذلك في مال الأب. التاج والإكليل ٩٢/٦.

(٢) ابن عرفة فيها إن ادعى الجاني عفو ولي استحلفه، فإن نكل حلف القاتل الصقلي إنما يحلف =

قال محمد بن رشد: جوابه في هذه المسألة عن القول بأن هبة القتل في المرض وإن كانت من الثلث، فهي بخلاف الوصية يدخل فيما علم في الواهب من ماله، وفيما لم يُعلم، ولا تبطل بموت الموهوب له قبل الواهب، على حكم الوصية في بطلانها بموت الموصي لوجب إذا مات الأول قبل الثاني أن يبطل ما وهبه الثاني، وإذا مات الثاني قبل الأول، أن يبطل ما وهبه الأول. والمعنى فيه، أن كل واحد منهما مات من مرضه ذلك، إذ لو صحَّا جميعاً، وكانت التسعة التي هي جميع المال للواهب الأول لرجوعها إليه بالخمسة الثانية، ولو صح الواهب الأول، ومات الواهب الثاني من مرضه، لنفذت للموهوب منهما من مرضه ذلك، كان الحكم فيما ذكره على قياس القول الذي ذكرته، سواء مات الواهب الأول قبل الثاني أو بعده، يصير لورثة الموهوب له الأول ثلث المال، وهو ثلثه من تسعة، ويصير لورثة الواهب من هذه الثلاثة واحد فيبقى في الذي ورثه الموهوب له الأول، اثنان، يحصل في الذي ورثه الواهب الأول سبعة، ثم يرجع ورثة الموهوب له الأول. وهو الواهب الأول في هذا الواحد، فيأخذون منه ثلثه، ثم يرجع لورثة الموهوب له الثاني، وهو الواجب عليه في ثلثه ثم يرجع ورثة الموهوب له الأول، وهو الواجب الثاني عليهم في ثلث هذا الثلث، فيأخذون منه ثلثه هكذا أبداً يدور هذا السهم بينهم حتى ينقطع، وسواء علم الهبة أو لم يعلم على ما يأتي عليه جوابه، من أن هبة القتل في المرض لا تبطل بموت الموهوب له قبل الواهب، وتدخل فيما علم الواهب وما لم يعلم، وكذلك قال ابن عبدون في كتابه للرد وأن التسعة الأسهم، ثلثها ثلاثة، لورثته الواهب الثاني، ثم يؤخذ منها سهم، وهو ثلث ماله، قال: فاعلم أن هذا السهم دائر، لأنك إن أعطيه لورثة الأول، قام عليهم

=

القاتل يمينا واحدة لأنها التي كانت على المدعى عليه.

عياض يقوم منه إلزام اليمين في الدعوى المجردة، وفي دعوى المعروف في هبة ثمن المبيع والكراء والإقالة وهو أصل متنازع فيه، ولهذا لم ير أشهب يمينا في دعوى العفو، واختلف شيوخنا في التنازع فيه فقيل هو اختلاف قول، وقيل اختلاف حال، فلا تلزم اليمين بمجرد الدعوى، وتلزم مع وجود التهمة.

ثم قال ابن عرفة الشيخ لأشهب في الموازية لا يمين على الولي لأن الحلف في الدم إنما هو خمسون يمينا فهذا أراد أن يوجب عليه مع البينة قسامة أو مع القسامة قسامة أخرى، ولو رضي بيمين واحدة فلا يكون له ذلك، ألا ترى لو استحلفه فلما قام ليقتله قال عفا عني. منح الجليل ٧ /١٢١.

ورثة الثاني في ثلثه، كما صار، لأن هبته البتل تدخل فيما علم به الميت وما لم يعلم، ثم يقوم عليهم ورثة الأول في ثلث ثلثه فيدور هكذا بينهم حتى ينقطع، فلما كان هذا هكذا، وجب أن يسقط السهم الدائر، ويقسم ذلك السهم بين الوارثين، على ما استقر بأيديهم، فيصير المال بينهم على ثمانية أسهُم، ستة لورثة الواهب الأول، واثنان لورثة الواهب الثاني، وقد قال أبو محمد هذا الذي ذكر عيسى عن ابن القاسم، هي مسألة دور، ولم يجعل فيها دوراً وهذا الذي قال أبو محمد عن ابن القاسم، لم يجعل فيها دوراً لا يصح، على ما جرى جوابه من أن هبة القتل تدخل فيما علم الواهب وفيما لم يعلم، وإنما يصح إسقاط الدور فيها إن لم يعلم الواهب بالهبة على القول بأن هبة البتل لا تدخل إلا فيما علم الواهب، وهو قول ابن القاسم في رواية عيسى عنه في المدينة وقوله أيضاً في رواية أصبغ عنه في بعض روايات العتيبة في سماعه من كتاب المدبر، فحكم في هذه الهبة في المرض، بحكم الوصية، ولم يحكم لها بحكم الوصية فيما تقدم له في رسم الجواب إذا قال فيه: إن هبة البتل يحل ورثة الموهوب له فيها محل موروثهم إذا مات قبل الواهب، وهذا على قياس مطرد؛ لأنه إذا لم يحكم للهبة في المرض بحكم الوصية في سقوطها بموت الموهوب له قبل الواهب، وجب ألا يُحكم له بحكمها في أنها لا تدخل إلا فيما علم، فالذي ينبغي أن يتأول عليه، أن ذلك إنما هو اختلاف من قوله، مرةً حكم للهبة في المرض بحكم الوصية في كل حال، ومرةً رآها أقوى من الوصية، فلم يحكم لها بحكمها في حال. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الثمرة

وسألت عن الرجل يتصدق في مرضه على رجل بثلث دارٍ له، وفي الدار طوب وخشب، أراد أن يبني بها، فقال المتصدق عليه: لي ثلث الطوب والخشب، وأبى الورثة أن يكون ذلك له، قال: ليس له في الطوب والخشب شيء[1].

---

(١) روى الحارث عن ابن وهب قال سمعت مالكا يقول في الرجل يتصدق بالصدقة في مرضه ويوصي لناس بوصايا ثم يموت فيريد أهل الوصايا أن يدخلوا على المتصدق عليه قال لا أرى ذلك لهم ؛ لأنه لو عاش ثم أراد أن يرجع في صدقته لم يكن له ذلك ومثل هذا في المختصر الكبير لابن عبد الحكم عن مالك ومثل هذا في كتاب ابن حبيب وقد اختلف قول مالك في هذا الأصل انتهى.

فحاصله أن الصدقة المبتلة، ومثلها العطية المبتلة يقدمان على الوصايا على القول المروي عن =

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله؛ لأنه يكون تبعا للدار في الوصية بها أو الصدقة في الصحة أو المرض، إلا ما يكون تبعاً لها في البيع، وهو ما كان مبنياً فيها، لا ما كان موضوعا فيها من خشب أو حجر، أو ما أشبه ذلك، وبالله التوفيق.

وصلى اللهُ على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم

=

مالك وعن أكثر أصحابه، وهل يقدمان على الموصى بعتقه اختار ابن القاسم تبدئة الموصى بعتقه، والله أعلم. مواهب الجليل ٦/٢٨١.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصدقات والهبات الثالث

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم من كتاب الكبش

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن رجل أعطى أخاه منزلاً في صحته وكتب لهُ بذلك كتاباً، وكتب في كتاب العطية إن مات أخوه الذي أعطي تلك العطية في حياة المعطي فالمنزل مردود على المعطي، ولا حق فيه لورثة المُعْطَى ولا يُورث؛ على هذا الشرط أعطاه، فحاز المُعطَى عطيته في حياة المعطي أو لم يحز، ثم مات المعطى قبل المعطي؛ فقال أرى هذا مثل الوصية تكون للمعطى من الثلث، ألا ترى أنه انفذ له العطية إن مات قبل المعطي، فكأنه إنما أوصى له بها وعجل له قبضها، قلت وهي وصية على كل حال، حازها في صحة المعطي أو لم يحز، فقال نعم- وقد قال مالك ما يشبه هذا؛ قال أصبغ: ليس للمعطي فيها بيع، ولا تحويل عن حال؛ فإن مات المعطى رجعت إلى المعطي بمنزلة العمرى، وإن مات المعطي كانت كالوصية في ثلثه، ولا تكون كالوصية في الرجوع فيها، فكذلك مسألتك[1].

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، لأن أول قوله مرتبط بآخره، فليست بعطية مبتلة بما شرط عليه فيها من أنه إن مات قبله فهي عليه رد، لأن ذلك يقتضي ألَم يكون له فيها تفويت ببيع ولا غيره، ما دام المتصدق حيا حتى يموت، فآل أمرها إلى أنه أوصى

---

(١) من المدونة: من بعث بهدية أو صلة لرجل غائب ثم مات المعطي أو المعطى قبل وصولها، فإن كان المعطي أشهد على ذلك حين بعث بها فهي للمعطى أو لورثته، وإن لم يشهد عليها حين بعثها فأيهما مات قبل أن تصل فهي ترجع إلى الباعث أو إلى ورثته.
وفي كتاب ابن المواز: من مات منهما أولا رجع ذلك إلى ورثة الميت.
ابن يونس: هذا أبين لأن الصدقة إنما تبطل بموت المتصدق لا بموت المتصدق عليه، وقد قال مالك في المدونة في باب آخر: إن كل من وهب هبة لرجل فمات الموهوب له قبل أن يقبض هبته فورثته مكانه يقبضون هبته، وليس للواهب أن يمنع من ذلك محمد قال مالك: ولو أشهد الباعث أنها هدية لفلان ثم طلب استرجاعها من الرسول قبل أن يخرج فليس ذلك له. التاج والإكليل ٥/٤٠٠.

له بها بعد موته وعجل له الانتفاع بها، طول حياته، فوجب إن مات المتصدق عليه قبله أن ترجع إليه كما شرط، وإن مات المتصدق قبله بتلت له من ثلثه على معنى الوصية، إن كان غير وارث، وقد مضى هذا في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب، وتأتي المسألة متكررة في سماع ابن الحسن بعد هذا، وقوله أصبغ في هذه الرواية: وإن مات المعطي كانت كالوصية في ثلثه، ولا تكون كالوصية في الرجوع فيها؛ يريد أنه ليس للمعطي أن يرجع في عطيته هذه وإن كانت إنما تنفذ من ثلثه بما شرط فيها من رجوعها إليه إن مات المعطَى قبله، ووجه ذلك أن العطية، وإن لم تكن مبتولة بما شرط فيها، فليست كالوصية بها التي له الرجوع فيها؛ لأنه قد بتلها في حياته على الشرط الذي اقتضى ألا تنفذ بعد موته إلا من ثلثه، فأشبه المدبر الذي يخرج بعد الموت من الثلث، ولا يجوز لسيده الذي دبره الرجوع في تدبيره، وقد اختلف قول مالك في الهبة البَتْل في المرض: هل للواهب أن يرجع فيها في مرضه فلا تنفذ- إن مات منه أم لا على قولين حسبما مضى القول فيه في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس، وهذا بين ألّا يكون له فيها رجوع؛ وقد قال بعض أهل النظر ليس بحسن قول أصبغ في معنى الرجوع إلا في انتفاع المعطَي بالمنزل- حياة المعطي، وأما بعد موت المعطي، فمنذ يجب للمعطي بتلاً، فله الرجوع فيه، لأنه من يومئذ يصير وصية، وكل ما كان وصية أوعلى معنى الوصية، فله الرجوع فيه، وليس قوله- عندي- بصحيح، لأن الظاهر من قول أصبغ أنه إنما تكلم على الرجوع في عطية الرقبة بعد الموت؛ فهذا هو الذي قال إنه لا يرجع فيه، وأما انتفاع المعطَي بالمنزل حياة المعطي، فبين أنه ليس للمعطي أن يرجع فيه، لأنه شيء بتله في صحته، فنفذ عليه- وإن لم يكن له مال سوى المنزل، فلو قصد إلى بيان هذا، لكان عيا منه؛ وإذا لم يكن للمعطي أن يرجع في عطيته هذه بعد الموت، كما يرجع في وصيته فيُبدأ على الوصايا، ويدخل فيما علم به المعطي وفيما لم يعلم، وقد مضى هذا المعنى في رسم الجواب، وفي آخر رسم العتق من سماع عيسى، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن أم الولد يتصدق عليها سيدها، ويلزمها الفور؟ فقال: حالها في ذلك كحال الزوجة فيما يتصدق به عليها[1]؛ أما الخادم يكون معها في

(١) أي بشرط إشهاده عليها وحاصله أن هبة أحد الزوجين للآخر شيئا من متاع البيت لا تفتقر لحيازة
=

البيت أو الابنة أو ما أشبه ذلك مما لا يزايلها حيث انتقل بها سيدها، فالإشهاد وإعلان الصدقة حوز لها، وذلك أنه لا تقدر على حوزها بأكثر من ذلك، وأما العبد بخارج أو الدار تسكن، أو المزرعة، أوما أشبه هذا مما هو بائن منها وقبضه يمكن، فعليها أن تحوزه بقبض الخراج من العبد وإخراج السيد من الدار، وعمران المزرعة أو كرائها لها وجني الشجر، وما أشربه هذا مما يحفز به العبيد والعقار؛ قال وأما الحلي والثياب، فالقبض اللبس والعارية، وما أشبه ذلك مما تصنعه المرأة بمتاعها، إذا عرفت تصنع بما تصدق عليها من الحلي والثياب، مثل هذا فهو لها حوز، وإلا فلا شيء لها؛ قال أصبغ: وإشهاد لها حوز أيضاً، وإن لم يُعرف لبس ولا عارية إذا كان في يديها، وليس في يد سيدها قد خرج منه إليها.

قال محمد بن رشد: حكم لأم الولد بحكم الزوجة في حيازة ما يتصدق به عليها سيدها[1]، فقال في الخادم تكون معها في البيت أو الابنة وما أشبه ذلك، أن الإِشهاد وإعلان الصدقة حوز فيها، إذ لا يقدر في حوزها على أكثر من ذلك، وفي ذلك اختلاف في الحرة الزوجة، وقد مضى تحصيله في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم، وفي رسم سلف دينارا في ثوب إلى أجل من سماع عيسى، فهو يدخل في أمر الولد على هذه الرواية؛ وأما المنزل وما عدا ما هو من متاع البيت، فلا اختلاف في أن الزوجة في حيازته عن زوجها كالأجنبي فيما يلزمه في ذلك، وكذلك أم الولد على هذه الرواية. وفي المدونة ما يدل ظاهره على أن السيد يحوز لأم ولده ولعبده الكبير ما وهبه لهما، أو تصدق به عليهما، كما يحوز ذلك لابنه، إذا وهبه إياه، أو تصدق به عليه،

=

فمتى أشهد الواهب على الهبة وحصل المانع وهي في حوزه لم يضر وأما هبة أحدهما للآخر شيئا غير متاع البيت كعبيد الخراج والدراهم والعقار غير دار السكنى فلا بد فيها من الحيازة كما في ابن وهب الزوج لزوجته، أو الزوجة لزوجها وألحق الجزيري الحيوان بعبيد الخدمة وألحق أيضاً بالزوجين الأب يهب لابنه الصغير والأم كذلك فلا يفتقر لحيازة فمتى أشهد على الهبة وحصل المانع وهي في حوزه فلا يضر وكذلك الحقّ بالزوجين هبة أم الولد لسيدها وهبته لها فإذا وهب أحدهما للآخر متاعا من متاع البيت فلا يفتقر لحوز. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٤٦/٧.

(١) قال الدسوقي: (قوله: وصح هبة أحد الزوجين للآخر) أشار الشارح بتقدير صح إلى أن قوله وهبة أحد الزوجين مرفوع عطف على فاعل صح وقوله: متاعا أي من متاع البيت كالفرش والنحاس والخادم. حاشية الدسوقي ٣٤٦/٧.

وهو قوله فيها، لأن من تصدق بصدقة على غيره، أو وهب هبة، لا يكون هو الواهب وهو الحائز، إلا أن يكون والداً أو وصيا، أو من يجوز له أمره عليه في قول مالك، إذ لا أحد أجوز أمرا على أحد من السيد على عبده وأم ولده، إذ له أن يحجر عليهما وأن ينتزع أموالهما، فتحجيره عليهما أقوى من تحجير الأب على ابنه، والوصي على يتيمه؛ فوجب أن تكون حيازة ما وهب لهما أحوز من حيازته لما وهبه لابنه أو يتيمه؛ فهذا وجه ما يدل عليه ظاهر ما في المدونة، ووجه هذه الرواية أن جواز انتزاع المال تضعيف في- الحيازة لا تقوية لها، لأنه إذا تصدق على أم ولده أو على عبده، ثم أمسك ذلك عند نفسه- ولم يدفعه إليهما، أشبه الانتزاع والارتجاع، إذ لم يسلم ذلك إليهما، وهما غير سفيهين؛ وأما الأب والوصي فإنما منعهما أن يسلما ما وهباه لمن إلى نظرهما كونه سفيهاً، فرواية يحيى أظهر. وكان أبو عمر الأشبيلي يستحب العمل بها، فإن عمل أحد بدليل المدونة، مضى عنده ولم يرد، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن الرجل يتصدق على امرأته بمزرعة في آخر أيام المزارعة - وهو صحيح، فأقام بعد ذلك نحواً من شهر ثم هلك، غير أنه قد أشهد لها على الصدقة وعرف بحوزها الشهود فلم تعمل المرأة فيها عملاً بحرث ولا غيره حتى مات زوجها، وزعمت أنه لم يمنعها من العمل إلا ما كان فات من الزمن مع ضعف سكته عن القلوب في أوانه، وقد كانت البقر ضعفت فلم يقبل أهل منزلها حتى مات زوجها؛ فقال إن جاء من ذلك ما يبين عذرها، مثل أن يتصدق بذلك ثم يعجله الموت قبل أوان عمل أمكنها، أو جني شجر أو عرق، أو إصلاح عمل حضر، فالصدقة ماضية ولا شيء عليها إذا لم تحز، لأن الفوز لم يمكنها ولم يجئ أوانه؛ قال وأما ما كانت لفوزه تاركة من ضعف أو أشباه ذلك، فإنها لا تعذر به؛ لأن الضعيف يجري شمالي ويرفق من ينتفع به، فيكون هذا ونحوه فوزاً؛ فمن كان تاركاً لجميع هذا في أوانه الذي يمكنه فيه، فلا صدقة له إلا أن يعرف ضعفه عن العمل، ويعرض ذلك على الكراء أو المساقاة أو العارية، فلا يجد من يقبل ذلك منه فلا أرى عليه فوزاً غير الإِشهاد والإِعلان والاجتهاد في عرض ذلك على الكراء والمساقاة والعارية، وما أشبه ذلك؛ ثم يكون ذلك له حوزاً؛ قال قلت: ورأيت إن مضت أعوام والمتصدق عليه ضعيف عن العمل، وهو يعرض على الكراء أو المساقاة أو العارية - كل عام، ولا يجد من يقبل ذلك منه؟ أيكون حائزاً أم لا؟ قال نعم- إذا علم حرصه على ذلك، وأنه لم يزل يعرض

ذلك ويطلب لها من يعملها- والأرض ليست تحرز بأكثر من هذا، قال أصبغ مثله ما لم ينتفع به المتصدق أو يقضي فيه[1].

قال محمد بن رشد: وقوله في هذه الرواية في الذي يتصدق على من يحوز لنفسه من زوجة أو غيرها بمزرعة عجل المتصدق الموت قبل أوان زراعتها وعملها، أن الصدقة ماضية. مثله في المدنية، وهو معارض لقوله ولروايته عن مالك فيها، وفي رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم في الرجل يتصدق على الرجل الحاضر بالدار الغائبة فيعجل المتصدق الموت قبل أن يحوزها المتصدق عليه، إن الصدقة باطل- وإن كان لم يفرط في الخروج إليها لقبضها، لأن لها حيازة تحاز به، إذ لا فرق في المعنى بين ألا يمكنه حيازة الدار لمغيبها عنه حتى يموت المتصدق بها، وبين ألا يمكنه حيازة الأرض، لأن أوان حوزها لم يحن؛ وأبين من ذلك في المعارضة قوله إنه إذا تصدق بها في أوان حوزها فضعف المتصدق عليه عن عملها ولم يزل يعرضها على الكراء، والمساقاة، والعارية، عاماً بعد عام، فلا يجد من يقبلها منه؛ أن الإشهاد والإعلان والاجتهاد في عرض ذلك على الكراء والمساقاة والعارية، يكفي من حيازتها؛ فقول ابن القاسم في هذه الرواية، هو مثل ما روي عن مالك في أن الدار الغائبة إذا لم يكن تفريط في قبض المتصدق عليه بها لها حتى مات المتصدق بها، أنها ماضية، وهو قول أشهب، وقد مضى بيان هذا في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم، ولو لم يعمر المتصدق عليه الأرض، ومنع المتصدق أن يعمرها فتركها بوراً حتى يقوى على عملها، لكان منعه من عمارتها حوزاً لها، قال ذلك ابن القاسم وابن كنانة في المدونة،

---

(١) قال ابن القاسم عن مالك: من تصدق على امرأته بخادمه وهي معه في البيت فكانت تخدمها بحال ما كانت فذلك جائز.قال سحنون: وكذلك لو وهبها إياها فهو حوز.

قال أشهب عن مالك: إذا أشهد لها بهذه الخادم فتكون عندهما كما كانت في خدمتهما أو وهبت هي له خادمها فكانت على ذلك أو متاعا في البيت فأقام ذلك على حاله بأيديهما فهي ضعيفة.

قال ابن المواز: وقال لي ابن عبد الحكم عن ابن القاسم وأشهب: إن ذلك فيما تواهبا جائز وهي حيازة، وكذلك متاع البيت وبه أقول.

قال ابن القاسم: وليس كذلك المسكن الذي هما به يتصدق وهو به عليهما فأقاما فيه حتى مات فإن ذلك ميراث، ولو قامت عليه في صحته قضى لها أصبغ: يعني أن يسكنها غيره حتى تحوز المسكن. التاج والإكليل ٥/٤١٤.

وأصبغ في الواضحة، والله الموفق.

مسألة:

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن الرجل يتصدق على ابن له كبير بغلام فلا يقبضه حتى يتصدق الأب به على ابن له صغير في حجره، فينكرذلك الكبير ويقول لا أجيز ما صنعت فسخط عليه الأب وكف عنه حتى مات الأب والغلام في يديه يحوزه للصغير، لأيهما ترى الغلام؟ فقال أراه للصغير إذا لم يحزه الكبير. قيل له إنه تركه خوفاً من سخط أبيه وقد اشهد أنه غيرراض بما صنع، فقال لا ينفعه الإشهاد، لأنه لو شاء أن يخاصمه فيه قضى له به، فقد آثر بر أبيه والتماس رضاه على أخذ صدقته، فله أجر البر إن شاء الله تعالى ولا صدقة له إلا بالحيازة[1].

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله، إنه إذا لم يقبض الابن الكبير الغلام حتى مات الأب المتصدق، فلا صدقة له، إذ لا تتم الصدقة إلا بالحيازة، فله أجر البر كما قال في تركه القيام على أبيه في الغلام الذي تصدق به على أخيه بعد أن كان تصدق به عليه، وكذلك يقول ابن القاسم لو تصدق على آخر كبير فقبضه، لكان الأول أحق به، وأشهب يرى أن الثاني إذا حازه فهو أحق به من الأول، فيتخرج على قياس قوله إذا تصدق به على ولد له كبير، ثم تصدق به على آخر صغير، وحازه قبل أن يقبضه الأول- قولان، أحدهما أن حيازة الأب للصغير كحيازة الكبير لنفسه، فلا يكون للأول شيء- وإن قام عليه في حياته. والثاني أن حيازة الأب للصغير ليست كحيازة الأب للكبير ويكون الابن الكبير المتصدق عليه أولاً بالعبد أحق به- إن قام على الأب في حياته، والقولان في حيازة الأب للصغير هل تكون في القوة كحيازته للكبير قائمان من مسألة رسم الجواب فيما تقدم.

مسألة:

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن امرأة أرفقت زوجها بمنزلة لها فكان في يديه يحرث مزارعه ويجني له شجره، ويصيب جميع مرافقه؛ ثم تصدقت به على بنت لها

---

(١) قلت: أرأيت لو كان متاع في يدي وديعة بعتها من غير أن يأمرني صاحبها بذلك فلم يقبض المبتاع المتاع مني حتى مات ربّ المتاع الذي أودعني وكنت أنا وارثه فلما ورثته قلت: لا أجيز البيت الذي بعت لأني بعت ما لم يكن في ملكي وذلك معروف كما قلت؟ قال: أرى البيع غير جائز ولك أن تنقضه. المدونة ٣/٢٧٠.

متزوجة، أو ابن قد بلغ الحوز، وأشهدت على الصدقة وأمرت الولد بالحوز؛ فسأل الأب ابنه أو ابنته أن يعيره ذلك المنزل يرتفق به ويقره في يده بحاله، ففعل الابن وأشهد على أبيه بالعارية ولم يقبض المنزل من يده للحيازة، ولم يخرج منه أباه، أقره فيه بحاله واكتفى من الحيازة بالإشهاد على أبيه بالعارية؛ قال ابن القاسم: أي حوز أبين من هذا أو أتم! من أعار ما تصدق به عليه، فقد استكمل الحوز؛ قلت له أما تراه قد أوهن حيازته، لأنه كان قبل الصدقة في يد أبيه، لم يخرجه من يده حتى أحدث الإشهاد بالعارية؛ فقال لا وهن عليه، بل الذي فعل حوز بين، تتم له به صدقة أمه عليه، والعارية! كالقبض(١).

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أن المرأة كانت أرفقت زوجها بالمنزل إلى غير أجل، فكان في يديه يرتفق بمنافعه، ويصيب جميع مرافقه، فلما تصدقت به بعد ذلك على ابنها أو ابنتها، سقط حقّ زوجها في الإرفاق ووجب المنزل بجميع مرافقه للمتصدق عليه، فإذا أرفق أباه إياه، كان ذلك حوزاً بيناً منه للمنزل عن أمه، لا يدخل فيه الاختلاف الذي في قبض المخدم والمسكن والممنوح، هل يكون قبضا للمتصدق عليه، أو الموهوب له أم لا؟ حسبما يأتي في نوازل سحنون بعد هذا،

---

(١) قال ابن سهل في أحكامه في أوائل كتاب الدعاوى في دار بين ورثة ليسكنها بعضهم وباقيهم يسأل إخلاءها لبيعها ودعا ساكنيها إلى غرم كرائها على الإباحة للتسويق فأفتى ابن عتاب إذا لم تحصل القسمة فإنها تخلى من جميعهم لتسوق خالية إلا أن يوجد من يكتريها من غير الورثة على شرط التسويق فتكرى منه إذا أمن منه الميل إلى بعض الورثة، ولم يكن من ناحية أحدهم، ولا من سببهم وأجاب ابن القطان: بقاء الدار هكذا ضرر على من يذهب إلى الارتفاق بنصيبه إن كانت دارا يكرى مثلها فوجه العمل أن يقال لهم: إن اتفقتم الآن على التقاوم في الكراء إلى أن ينفذ البيع فيها فتقاوموها ثم يسكنها من أراد، وإن أبيتم أخليت منكم ثم شيدت للكراء كما تشيد للبيع فإذا بلغ كراؤها ثمنا ما كان لمن أراد السكنى أن يضم حصص أصحابه بما بلغت، ويسكن إلا أن يزيد عليه من يشركه فالزائد أحق والإشادة للكراء على شرط التسويق للبيع إلا أن يثبت في ذلك ضرر من الساكن فيها من الورثة يخل بالبيع فإن أثبت أكريت من غيره، وإن أثبت أن التسويق للبيع خالية أفضل وأوفر للثمن أخليت وأجاب ابن مالك: إن كانت الدار لا تحتمل القسمة فلا أجد فيما أظهر الله لي من العلم على مذهبنا إلا ما قاله ابن القطان أعرف أنه الحاصل من مذهبنا كما يعرف الناس أبناءهم قال ابن سهل: كان جواب ابن عتاب مقنعا لو كان إنصاف وائتلاف ولم يكن تنافر، ولا اختلاف، وإليه يرجع ما أطال فيه ابن القطان الكلام انتهى. مواهب الجليل ٤/٤٠.

لأن الاختلاف لما وقع في هذا من أجل بقاء حقّ المخدم والمسكن والممنوح فيما منح إياه أو أخدمه، أو أسكنه بعد هبة الأصل والصدقة به، فمن حمل الأمر على أن المسكن والمخدم يختدم ما أخدم أو أسكن على ملك الموهوب له أو المتصدق عليه من يوم الهبة والصدقة، إذ قد سقط ملك الواهب له عن الأصل، رأى ذلك حيازة؛ ومن حمله على أنه إنما يختدم ذلك ويسكنه على ملك الذي أخدمه إياه وأسكنه حتى تنقضي خدمته أو سكناه لم ير ذلك حيازة؛ فمسألتنا خارجة عن هذا المذهب، إذ لم يبق للزوج حقّ في المنزل بعد الصدقة، ومن أكرى داره، أو آجر عبده، ثم وهب ذلك لرجل قبل انقضاء أمد الكراء والإجارَة، فلا يكون قبض المكتري والمستأجر قبضاً للموهوب له، لأن المكتري إنما يسكن على ملك الواهب الذي يأخذ الكراء، وكذلك المستأجر إنما يستخدم على ملكه، وفي ذلك اختلاف لا يحمله القياس، وقع في سماع ابن القاسم من كتاب الرواحل والدواب ومن كتاب المديان والتفليس في رسم مساجد القبائل، وقد مضى هنالك القول على ذلك، وكذلك المساقي في الحائط لا يكون حائزاً لمن وهب له أو رهن إياه، وقع ذلك في الرهن في رسم القضاء المحض من سماع أصبغ من كتاب الرهون، من أن كون الحائط في يدي مساقيه، ككونه في يدي صاحبه.

مسألة:

قال ولو أن رجلاً تصدق على رجل بدار له، فدفع إليه مفتاحها وبرأ إليه من ذلك ليحوزها، كان ذلك حوزاً - وإن لم يسكن المتصدق عليه الدار ولم يسكنها غيره.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه، لأن قبضه- لمفتاح غلق الدار قبض للدار، وإن لم يسكنها ولا أسكنها غيره، كما لو وهبه فقبضه ثوباً وصار بيده، لكان ذلك قبضا وحيازة وإن لم يلبسه ولا أعارهُ أحداً، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن الرجل يتصدق على امرأته بالصدقة فتثيبه بوضع الصداق عنه، أو تضع عنه الصداق فيتصدق عليها بمنزل له، فيموت المتصدق قبل أن تحوزه المرأة، أترى لها صدقة؟ فقال إن الصدقات لا تكون للثواب، هي ماضية لمن تصدق بها عليه، ولا ثواب عليه فيها، ولا شيء للمتصدق عليه منها إن لم يحزها، فالمرأة. التي أثابت زوجها على ما تصدق به عليها بأن وضعت عنه صداقها، فالصداق عنه موضوع، ولا حقّ لها في الصدقة إلا بالحيازة؛ قال فإن ابتدأته هي بوضع الصداق، فتصدق عليها بمنزله ثواباً لها، فالصداق موضوع عنه وليس لها من المنزل شيء إلا

بحيازة؛ قلت فإن وهب لها هبة، فأثابته بوضع الصداق، ولم يقبض الهبة حتى مات، قال الهبة لها لا حوز عليها فيها، إذا كانت هبة ثواب، يعرف ذلك بوجه الأمر من حالهما؛ قال أصبغ: وكذلك الهبة قبل الثواب، قال يحيى قال ابن القاسم وإذا ابتدأته بوضع الصداق، فأثابها بأن أعطاها منزله، فإن كان وضع الصداق إنما كان- للثواب اشترطت ذلك، فالمنزل لها إذا أثابها، ولا حيازة عليها فيه، إن مات قبل أن تحوزه، وما وضعت من صداقها ولم تشترط له ثواباً فلا ثواب لها فيه، وإن أثيبت فلم تحزه فلا شيء لها؛ قال أصبغ الصداق عندنا مخالف لما تهب من غير الصداق، إذا التمست عليه ثواباً- وادعت ذلك بعد موت الزوج[1].

قال محمد بن رشد: قوله إن الصداق لا ثواب فيه، يريد إلا أن تشترط فيه الثواب، فسواء تصدق عليها بالمنزل فأثابته بوضع الصداق، أو وضعت عنه الصداق فأثابها بالصدقة عليها بالمنزل، لا شيء لها في المنزل إلا بالحيازة. والصداق عنه موضوع، إلا أن يكون ذلك بشرط الثبات، فيكون لها المنزل دون حيازة؛ وأما إذا وهب لها المنزل فأُثابته بوضع الصداق، فقوله إن الهبة لها لا حوز عليها فيها إذا كانت هبة ثواب يعرف ذلك بوجه الأمر من حالهما هو على مذهبه في المدونة في أن الزوجين لا ثواب بينهما في الهبة، إلا أن يدعي الواهب منهما أنه أراد بهبته الثواب، ويظهر من صورة الحال ما يدل على صدقه وقد قيل إنه يصدق وإن لم يظهر ما يدل على صدقه؛ وهذا القول حكاه عبد الوهاب في المعونة، فجعل حكم الزوجين في ذلك حكم الأجنبيين، وقيل إنه لا ثواب له إلا أن يشترطه، وهو ظاهر قول ربيعة في المدونة وقول مالك الذي يتلوه؛ وأما إذا ابتدأته بوضع الصداق فوهب لها هبة، فلا شيء لها فيها إلا بالحيازة؛ إذ لا اختلاف في أنه لا ثواب لها في هبة الصداق إلا أن تشترطه حسبما مضى القول فيه في رسم إن خرجت من سماع عيسى، وذلك بين من قوله في هذه الرواية: والصداق عندنا مخالف لما تهب من غير الصداق إذا التمست عليه ثواباً، أو ادعت ذلك بعد موت الزوج- يريد أنها لا تصدق إن ادعت أنها أرادت بهبته الثواب، وأنها تصدق-

(١) (و) صحت (هبة أحد الزوجين ل) لزوج (الآخر متاعا) أو خادما وإن لم ترتفع يد الواهب عنه للضرورة من كتاب محمد والعتبية.ابن القاسم عن الإمام رضي الله تعالى عنهما من تصدق على امرأته بخادمة وهي معه في البيت فكانت تخدمها بحال ما كانت فذلك جائز.سحنون وكذلك لو وهبها إياها فهو حوز. منح الجليل ١٤١/٨.

فيما عدا الصداق إن ظهر من صورة الحال ما يدل على صدقها، فهو قوله في هذه الرواية إذا كانت هبة ثواب يعرف ذلك بوجه الأمر من حالهما، ومذهبه في المدونة، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن غلام قد بلغ الحلم وهو في حجر أبيه قد قرأ القرآن، إلا أنه لا يعرف بصلاح يزكى به ولا فساد، إلا أنه عمر في حجر أبيه، بحداثة احتلامه تصدقَ عليه أبوه بصدقات، منها: مزرعة وخادم في تلك المزرعة بولدها وزوجها حرّ، ودور في القرى لا تغتل، ودار في حاضرة البلد كان الأب أسكن فيها بعض ولده، فتصدق عليه بهذه الصدقة وهو في حجره- وحاله ما وصفت لك، ولم يغير الأب تلك المزرعة ولا الخادم، ولا الدار التي في حاضرة البلد عن حالاتها التي كانت عليها قبل الصدقة، ولم يكن بين إشهاده له بالصدقة، وبين موت الأب إلا نحو من شهرين أو ثلاثة، أو أكثر قليلاً؛ أترى الأب يحُوز على مثل هذا؟ قال نعم، سمعت مالكاً يقول يحُوز الأب على ابنه المحتلم إذا كان في حجره وولاية نظره- حتى يؤنس منه الرشدي! قلت فما يضر هذا الغلام ترك الأب تلك الأشياء بحالها إذا لم يخرج من كان في الدار، أو ما أشبه هذا مما يرى أنه يحوز به عليه؛ فقال أما الدار فلا حقّ له فيها، إذا لم يخرج منها من كان يسكنها، وأما المزرعة والغلام، فأرى صدقته عليه بذلك ثابتة؛ قلت فما ترى الحوز يلزم الابن المحتلم؟ قال إذا كان في حسن نظره بمنزلة اليتيم الذي يلزم القاضي أن يدفع إليه ماله إذا كان قبل ذلك مولى عليه، فإذا عرف من الغلام حسن نظره في ماله وإصلاحه على نفسه، وأمن عليه الفساد الذي يعرف به من حسن رأيه وجمعه على نفسه مع بُلوغ الحلم، وجب عليه أن يحوز لنفسه، ولا يكون الأب حائزاً على مثل هذا، ولا يزال الأب حائزاً على من لم تكن هذه حاله من ولده وإن احتلم المتصدق عليه فليس الاختلاف بالذي يخرجه من ولاية أبيه حتى ترضى حاله، ويشهد العدول على صلاح أمره.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه الرواية: أما الدار فلا حقّ له فيها إذا لم يخرج منها من كان يسكنها، معارض لقوله في رسم شهد من سماع عيسى في الذي جعل لابنته الصغيرة، ولأمهات ولده ومواليه الساكنين في الدار التي تصدق بها على ابنه الصغير أن يسكنوا معه فيها، ما لم يتزوج واحدة منهن، إلا أن يفرق بين المسألتين بسكنى الابن المتصدق عليه معهم فيها حسبما مضى القول فيه هناك. وقوله في آخر

المسألة: فليس الاحتلام بالذي يخرجه من ولاية أبيه حتى ترضي حاله، ويشهد العدول على صلاح أمره، نص على أنه لا يخرج من ولاية أبيه بالاحتلام، وأنه محمول على السفه- حتى يثبت رشده، ومثله في كتاب الحبس من المدونة وهو ظاهر سائر المدونة وغيرها، إلا ما وقع في أول كتاب النكاح من المدونة في قوله فيه إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء، فإن ظاهره أنه- بالاحتلام يكون محمولا محلى الرشد، وتجوز أفعاله حتى يعلم سفهه؛ وهي رواية زياد عن مالك في البكر أنها تخرج من ولاية أبيها بالحيض، فكيف بالغلام؟ وقد تأول ابن أبي زيد قوله في المدونة: فله أن يذهب حيث شاء: أن معناه بنفسه لا بماله؛ فعلى هذا تتفق الروايات كلها، ولا يخرج عنها إلا رواية زياد عن مالك، وقد تأول أن قول مالك إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء، معناه إذا احتلم ورضيت حاله، بدليل قول ابن القاسم إلا أن يخاف من ناحيته سفه، فله أن يمنعه؛ وإلى هذا ذهب ابن لبابة إلا أنه أخطا في تأويله على ابن القاسم فقال: هذا هو الحقّ لو مات الأب وأوصى به لم يخرج من ولاية الوصية حتى يثبت رشده، فكيف بالأب؟ وهو نص ما في كتاب الحبس من المدونة قوله فيه ألا ترى أن الله تبارك وتعالى قال: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾، وبلوغ النكاح هو الاحتلام والحيض، فقد منعهم الله من أموالهم مع الأوصياء بعد البلوغ إلا بالرشد، فكيف مع الآباء الذين هم أملك بهم من الأوصياء، وإنما الأوصياء بسبب الأباء؛ فالابن بعد بلوغه مع الأب عند ابن القاسم على السفه حتى يعلم رشده، بخلاف البكر لأن البكر عنده لا تجوز أفعالها وإن علم رشدها، خلاف تأويل ابن لبابة عليه من أن الابن بعد بلوغه في ولاية أبيه وإن علم رشده حتى يطلق من الولاية على ما وقع في المدونة من اللفظ الذي احتج به، وبالله التوفيق.

مسألة:

قلت أرأيت المولى عليه لصغره، إذا كان عند مبلغه الحلم معروفاً بإصلاح المال. وإدارة البيع، وحب الكسب، وهو ممن لا تجوز شهادته عند القضاة، ولعله مشهور بشرب الخمر واتباع الفسق، مما يظن به سوء ظاهر أمره؛ ولكنه في إصلاح المال غير مخدوع، وهو له غير مضيع؛ أترى أن يولى عليه لسوء حاله، أم يستوجب أخذ ماله لإصلاحه المال وإن كان في دينه غير صالح، فقال يدفع إليه ماله إذا عرف بحسنه وإصلاحه، ولا ينظر فيما يركب من الذنوب، ورب رجل صالح في حاله، مفسد لماله لضعف عقله، وسوء رأيه، فأرى أن يولى على مثله، ولا يستوجب أخذ ماله، لكفه عن

الشرب، وما أشبه ذلك إذا كان غير مصلح لماله، ولا حابس على نفسه؛ قلت أرأيت الذي يعرف الاكتساب والطلب لتثمير ماله، وتفقد عقاره، ويصلح جهده، غير أنه مسرف فيما يكتسي به، ذاهب السرف، يتكلف فوق قدره، ويجود بأكثر من طاقته في حال السخاء والبذل؛ إمّا في الإكثار من جمع الناس على طعامه، أو في أعطيته، لا يحمل مثلها ماله ومهما أشبه هذا مما يعد به مسرفاً؛ أترى أن يولى على مثله؟ قال نعم، يولى على مثل هذا.

قال محمد بن رشد: هذا مذهب ابن القاسم أن المولى عليه يستوجب أخذ ماله والانطلاق من الولاية بحسن النظر في المال، والإصلاح له بحسن القيام- دون صلاح الدين؛ وكان يقول روث فاسق أطلب للدرهم، وأكسب للرزق؛ منا؛ وأخذ بقوله أصبغ ما لم يكن مارقاً في الفساد. وذهب مطرف، وابن الماجشون إلى أن المولى عليه لا يخرج من الولاية إذا شرب النبيذ المسكر وإن كان حسن النظر في ماله. قالا: والرشد الذي ذكره الله في اليتيم مع بلوغ الحلم حتى يدفع إليه ماله ويجوز أمره وقضاؤه فيه هو الرشد في حاله وماله، لا يكون هذا دون هذا؛ هذا هو قول مالك وجميع علمائنا بالمدينة؛ قالا ولا يرد بشرب الخمر في الولاية بعد خروجه منها- إذا أحدث ذلك، والفرق بين ذلك بين، وهو قول ابن كنانة وغيره من المدنيين، واختيار ابن حبيب، ومذهب ابن القاسم أظهر من جهة القياس، لأنه كما يحجر على البالغ الذي لم تلزمه ولاية في ماله إذا كان مفسدا له، سيىء النظر فيه، متلفاً له لقلة رأيه فيه وإن كان حسن الدين في قولهم كلهم؛ فكذلك يلزم على قياس ذلك، أن يدفع إليه ماله، ويرفع عنه التحجير فيه- إذا كان حسن النظر وإن كان سيىء الدين. وقول ابن القاسم في هذه الرواية أن الذي يعرف بالاكتساب والطلب لتثمير ماله، وتفقد عقاره- إذا كان ذاهب الصرف فيما يتلفه فيه من السخاء على إخوانه، وجمع الناس على طعامه وعطياته، لا يحمل مثلها ماله- يريد في غير وجوه البر إرادة الثناء والحمد، يجب أن يحجر عليه فيه- نظرا له، صحيح، لقول الله عز وجل: ﴿وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاء أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللهُ﴾ [النساء: ٥] الآية.

مسألة:

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن المرأة تضار بزوجها فيقبح الذي بينهما ويفسد، فتريد المرأة أن تضر بزوجها بإخراج مالها من يديه ويصير إلى بعض قرابتها؛ فلما علمت أن للزوج أن يمنعها من مجاوزة ثلث مالها- إن تصدقت، أو أعتقت، أو أعطت

قصدت إلى قدر الثلث فتصدقت به إلى بعض قرابتها؛ وقد تبين لفساد ما بينها وبين زوجها- أنها إنما أرادت الضرر به، ولولا الذي وقع بينهما، لعلها لا تتصدق على الذي تصدقت عليه بثلث مالها بقيمة دينار من مالها أو أدنى، فقال أرى ذلك جائزاً وإنْ كان أمرها على ما وصفت إذا لم تتجاوز بذلك الثلث. قلت أرأيت إن اتبعت بصدقة ثلث ما بقي بعد أشهر، فقال إن تباعد ذلك جاز، وإن تقارب رد؛ قلت كأن حالها عندك وحال التي تتصدق لغير الضرر سواء؛ قال ما أراهما إلا سواء، قلت فما تباعد ما بين الصدقتين عندك؟ أترى الشهر بعيد أم لا يكون متباعد ألا بقدر سنة أو نحوها؟ قال ليس في ذلك حد، قال أصبغ: ألا ما طال حتى يرى أن ذلك تبررُ مستقبل وتقرب؛ قال يحيى: وقد قال غيره ما يبين أنها تفعله على وجه الضرر لا لبر ولا لطلب أجر، إن ذلك مردود كله: قليله وكثيره؛ قال سحنون: وهو قول ابن القاسم في الثلث إذا كان على وجه الضرر أنه لا يجوز، قال سحنون: وأنا أراه جائزاً.

قال محمد بن رشد: لا يجوز للمرأة ذات الزوج قضاء في أكثر من ثلث مالها هبة ولا صدقة، ولا بما أشبه ذلك من التفويت بغيرعوض دون إذن زوجها في قول مالك وجميع أصحابه، لقول النبي- عليه السلام-: لا يجوز لامرأة قضاء في ذي بال من مالها بغير إذن زوجها؛ واختلف إن قصدت بتفويت ثلث مالها فأقل إلى الأضرار بزوجها فيما يتبين من حالها على ثلاثة أقوال، أحدها: أن ذلك لا يجوز- وهو قول غير ابن القاسم في رواية يحيى هذه عنه، وظاهر قول مالك في رواية أشهب عنه من كتاب الأقضية. والثاني أن ذلك جائز وهو قول ابن القاسم في رواية يحيى هذه عنه وقول سحنون. والثالث أنه إن كان أقل من الثلث جاز، وإن كالت الثلث لم يجز، وهو قول ابن القاسم في رواية سحنون هذه عنه؛ وما في المدونة في ذلك محتمل للتأويل، واختلف في فعلها: هل هو محمول على الرد حتى يجاز، أو على الإجازة حتى وردت فحكى ابن حبيب عن مطرف، وابن الماجشون، أنه محمول على الرد حتى يجيزه الزوج، لقول النبي عليه السلام لا يجوز لامرأة قضاء في ذي بال[1] من مالها إلا بإذن

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١٨٨٤)، وأخرجه أحمد في مسنده (٨٥١١)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٢)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٩٨٩٨)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٧٦٥)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٥٣٢٢)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٠٢٠٩)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٦٠٩٦)، وأخرجه معمر بن راشد في الجامع =

زوجها وهو ظاهر قول مالك في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب العتق، فعلى قياس هذا إذا تصدقت أو أعتقت أكثر من الثلث، فلم يعلم بذلك زوجها أو علم فلم يقض فيه برد، ولا إجازة حتى مات عنها أو طلقها، لم يلزمها ذلك، وقد روي ذلك عن بعض أصحاب مالك، وإن ادعت أنه الثلث، أو أقل من الثلث، كان عليها أن تبين ذلك وحكى عن ابن القاسم أنه محمول على الإجازة حتى يرد الزوج وهو ظاهر قوله في رسم الكراء والأقضية، وقول سحنون في سماع ابن القاسم من كتاب العتق؛ فعلى قياس هذا؛ إذا علم الزوج بذلك أو لم يعلم فلم يرد حتى مات عنها، أو طلقها، لزمها ذلك، وإن ادعى الزوج أنه أكثر من الثلث، كان عليه إقامة البينة؛ فإن رد الزوج ذلك وبقي بيدها حتى زالت العصمة بموت أو فراق، لم يلزمها ذلك في الهبة والصدقة قولاً واحداً؛ واختلف في العتق فقيل إنه يلزمها، وهو قول مطرف وابن الماجشون؛ وقيل إنه لا يلزمها وهو قول أشهب، وقيل أنها تؤمر بذلك ولا تجبر عليه وهو قول ابن القاسم. ولا خلاف في أنها تقضي في ذلك كله بما شاءت قبل أن تتأيم- بعد الرد. وعلى هذا المعنى يأتي اختلافهم أيضاً إذا لم يعلم الزوج بذلك حتى ماتت، هل له أن يرده بعد موتها أم لا؟ فقيل إن له أن يرده وهو قول سحنون في نوازله بعد هذا، وقول مطرف، وابن الماجشون؛ وقيل ليس له أن يرده بعد موتها، وهو قول ابن القاسم في رواية أصبغ عنه؛ ومن أهل العلم من لا يجيز للمرأة قضاء في شيء من مالها- قل أو أكثر- بغير إذن زوجها، لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجوز للمرأة في مالها أمر إلا بإذن زوجها[1]. ومنهم من يجيز لها القضاء في جميع مالها بغير إذن زوجها-

---

=

(٨١٦)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٥٥١٨).

(١) أخرجه الترمذي (٦٠٦)، وأخرجه أبو داود (٣٠٨٤)، وأخرجه النسائي في سننه (٢٥٠٤)، وأخرجه ابن ماجه (٢٢٨٨)، وأخرجه أحمد في مسنده (٦٧٥٨)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (١٥١٨)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (١٥٢٦)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٢٣٠٦)، وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٤١٩)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٦٠٠)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٤٨٥)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٢٨٧٢)، وأخرجه الطبراني في مسنده (٥٢٩)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٦١٢٥)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٩٤٩١)، وأخرجه الطبراني في المعجم الصغير (٥٨٣)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٤٣٧٩)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٧٤٩٧)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (١٦٩٥).

استدلالاً بظواهر آثار مروية في هذا المعنى، فما ذهب إليه مالك في مراعاة الثلث عدل بين القولين؛ وأما إذا فوتت مالها- الشيء بعد الشيء، فإن قرب ما بين ذلك، نظر في الأول، فإن كان أكثر من الثلث رد الجميع، وإن كان الثلث جاز ورد ما بعده، وإن كان أقل من الثلث جاز ونظر فيما يليه: فإن كان مع الأول الثلث جاز ورد ما بعده؛ وإن كان أكثر من الثلث رد وما بعده هذا على قياس ما قاله ابن القاسم في رسم حمل صبيا من سماع عيسى من كتاب العتق، والقرب في ذلك مثل الشهر والشهرين، على ما قاله ابن حبيب، وحكاه عن أصبغ؛ قالَ ولو قرب الأمر جداً مثل أن تتصدق بثلث مالها، ثم تتصدق بعد يوم أو يومين بثلث الباقي، أو أقل؛ أو أكثر رد الجميع كما لو كان في عقد واحد، ولا فرق في القياس بين اليوم واليومين، والشهر والشهرين في أنه يجب أن يمضي الأول ويرد الثاني، فقدْ قيل إنه يمضي الثلث ويرد ما زاد عليه وإن كان في صفقة واحدة، فكيف إذا كان في صفقتين؛ وأما إن بعدما بين ذلك، فينظر في الأول، فإن كان الثلث فاقل جاز، وينظر فيما بعده: فإن كان الثلث فأقل من الباقي بعد الأول جاز وإن كان أكثر من الثلث لم يجز، وإن كان الأول أكثر من الثلث رد ونظر فيها بعده: فإن كان أكثر من ثلث الجميع رد، وإن كان الثلث فأقل جاز، وهذا على قياس ما قاله ابن القاسم في رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب العتق وحد التباعد فيما بين الأمرين الستة الأشهر فأكثر على ما حكى ابن حبيب، وقيل العام، لأنه حد في غير ما مسألة؛ وقد قيل إنها إذا تصدقت بثلث مالها لا تنفذ لها عطية في باقيه بحال، قرب ذلك أو بعد، لأن ذلك يؤدي إلى أن تقضي في جميع مالها، قال ذلك عبد الوهاب، ألا أن تفيد مالا آخر فيكون لها أن تقضي في ثلثه، والقياس أن لها أن تقضي في جميع ما أفادت بعد النكاح إذ لم يتزوجها الزوج عليه، فلا يحجر عليه فيه، واختلف إذا قضت في مالها بتفويت أكثر من ثلثه، فقال ابن القاسم يرد الزوج الجميع وقال عبد العزيز بن أبي سلمة يرد ما زاد على الثلث- وهو قول مالك في رواية ابن الماجشون عنه؛ فحمل ابن القاسم فعلها فيما زاد على الثلث على الضرر فأبطل جميعه، وحمله عبد العزيز أبي سلمة على غير الضرر فرد منه ما زاد على الثلث، كالوصية- وهو الأظهر؛ إذ قد تفعل ذلك رجاء أن يجيزها زوجها، وقد تجهل أن لزوجها أن يحجر ذلك عليها؛ ولا اختلاف في أن فعلها في الثلث فما دونه، محمول على غير الضرر حتى يعلم أنها قصدت به الضرر، فيقع فيه من الاختلاف ما تقدم؛ وقد قيل في الوصية بالثلث إنها ترد إذا قصد بها الضرر، لقول الله عزْ وجل﴿غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾ [النساء: ١٢]، وهو بين؛ وقال ابن

الماجشون يرد ما زاد على الثلث إلا في العتق فإنه يرد جميعه إذ لا يتبعض، واختلف في حلفها بصدقة جميع مالها: فقيل يلزمها، لأنه مصروف إلى الثلث فليس للزوج أن يرده- وهو قول سحنون في سماعه من كتاب النذور، وقيل لا يلزمها، لأن للزوج أن يرده وهو قول أصبغ في السماع المذكور من النذور؛ وهذا الاختلاف راجع إلى الاختلاف في تصدقها بالثلث قاصدة إلى الإضرار، والذي أقول به أنها إن كانت ممن تجهل أن صدقتها مصروفة إلى الثلث، كان للزوج أن يرده، وإن كانت ممن يعلم ذلك لم يكن للزوج أن يرده، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن الرجل يتصدق على ابن له بغلام فلم يُجزه الابن حتى أوصى الأب للعبد بالعتاقة، أيكون ذلك نقضا للصدقة؟ فقال إن كان الابن صغيراً في حجر، فالوصية ماضية وإن مات الأب عتق العبد بالوصية إن حمله الثلث، وكان للابن قيمة العبد في رأسه مال أبيه؛ لأنه كان حائزاً عليه، فليست الوصية التي أحدث بعد الصدقة تبْطل الصدقة، ولكن يكون العبد الذي تصدق به عليه أبوه كغيره من مال الولد، فالوالد إذا أوصى بعتاقة عبد ابنه الصغير أو بتل عتقه، جاز ذلك على الابن إذا كان للأب مال وأعطى الولد قيمة عبده، فسواء كان له بالصدقة أو من غيرها؛ قال وإن مات الأب ولا مال له، لم تجز الوصية للعبد وكان الابن أولى به لقبضه بالصدقة؛ قال وإن كان الابن المتصدق عليه كبيراً يلزمه الحوز لنفسه، فإنه إن لم يقبض العبد حتى يموت الأب، فلا صدقة لهُ والوصية للعبد جائزة وإن قام فأخذ صدقته في حياة أبيه وصحته، كان أحق، بحوزها وبطلت الوصية، لأن الأب لا يحوز على ابنه الكبير، ولا يجوز له أن يوصي بعتاقة عبيد ولده الأكابر، فالولد الكبير أحق بالعبد من الوصية إذا قام بالحيازة في صحة أبيه.

قال محمد بن رشد: وصيته بعتق عبد ابنه الصغير، كعتقِه سواء إن حمله الثلث جاز، وكان له قيمته في مال أبيه، وكذلك ما حمل الثلث منه إن لم يحمل جميعه، وقد مضى قي رسم استأذن من سماع عيسى حكم صنيع الأب في مال ابنه الصغير من عتق أو هبة أو صدقة أو تزويج مستوفى، فلا معنى لإعادته.

مسألة:

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن الرجل يرث هو وأخوه أرضاً، فيتصدق منها على رجل بناحية من الأرض بنصها، وذلك قبل أن يقاسم إشراكه، ماذا ترى للمتصدق

عليه؟ قال ابن القاسم أرى أن تقسم الأرض كلها بين الورثة، فإن صارت الأرض التي تصدق بها أحدهم للمتصدق بها في سهمه، أخذها الذي تصدق بها عليه، وإن صارت لبعض إشراكه كانت للذي تصير له في سهمه وبطلت الصدقة ولم يكن على المتصدق أن يعوض المتصدق عليه منها شيئاً من الأرض التي صارت له في سهمه؛ قال وإن صار للمتصدق بها بعضها في سهمه، أعطى المتصدق عليه منها الذي صار للمتصدق في سهمه من تلك الأرض بعينها؛ قلت له: أرأيت تلك الأرض التي تصدق بها بعينها تحمل القسمة لسعتها دون أرض القرية؛ أيجوز للمتصدق عليه أن يقول أنا أقاسمكم هذه الأرض دون أرض القرية فأخذ منها نصيب صاحبي المتصدق علي، وكره ذلك الورثة؛ قال لا ينظر إلى قول واحد منهم، ولكن ينظر إلى الأرض، فإن كانت في كرمها أو رداءتها لا تضاف إلى غيرها، على ذلك كان القسام يقسمونها لو لم يتصدق بها على وجه العدل بين الورثة قسمت وحدها، فأعطى المتصدق عليه حصة المتصدق منها ولا حقّ له فيما سواها مما يقاسمه الوراء إشراكه من بقية أرض القرية، وإن كانت تلك الأرض بعينها تشبه غيرها من جميع أرض القرية في القرب والكرم حتى يكون رأي القسام إذا عدلوا بين الورثة في القسم أن يجمعوا مثلها إلى بقية أرض القرية، جمعت في القسم، فإن صارت لغير المتصدق بها لم يكن للمتصدق بها عليه منها ولا من غيرها شيء، وإن صارت أو بعضها للمتصدق في سهمه، أخذها المتصدق عليه، أو أخذ ما صار منها للمتصدق بها.

قال محمد بن رشد: جواب ابن القاسم في هذه المسألة صحيح على القول بأن القسمة تمييز حق، لأنها كأنها حققت أن الذي صار منها للمتصدق من الأرض، هو الذي كان له يوم تصدق منها، فلذلك قال إن صارت الناحية المتصدق بها للمتصدق، أخذها المتصدق عليه، وإن صارت لغيره لم يكن له شيء، وإن صار له بعضها، لم يكن له إلا ما صارحه له منها، ويأتي فيها على قياس القول بأنها بيع من البيوع- أنه ليس للمتصدق عليه من الناحية المتصدق بها إلا سهم المتصدق، بأن صارت القسمة لغيره، كان له من حظ المتصدق قدر ذلك، وهو قول ابن الماجشون؛ وقال مطرف إن وقع في سهم المتصدق ما تصدق به فهو للمتصدق عليه، وإن وقع في سهم غيره كان للمتصدق عليه قدر نصيب المتصدق، وهو استحسان على غير قياس.

ومن كتاب الصلاة

قال يحيى: وسألت عن رجل يقول ثمر حائطي العام صدقة على فلان والنخل يومئذ لا ثمر لها، فيريد المتصدق أن يبيع الأصل، قال ليس ذلك له، الا أن يبيع الأصل في دين رهنه إذا ألجىء إلى ذلك من فلس، قيل له فإن مات المتصدق ولم يثمر النخل، فقال ليس للمتصدق عليه شيء! وسئل عنها سحنون فقال: إن أراد بيعها قبل إبار النخل فبيعه غير جائز، وأن كان بيعه بعد إبار النخل فالبيع جائز.

قال محمد بن رشد: ظاهر قوله في هذه المسألة أن المتصدق بالثمرة إن مات قبل أن يثمر النخل، لم يكن للمتصدق عليه شيئ وإن كان قد قبض النخل، خلاف ظاهر ما في كتاب الهبة والصدقة من المدونة من أن قبض النخل قبض لما يأتي من الثمرة الموهوبة وكان أبو عمر بن القطان يرد ما في المدونة بالتأويل إلى هذه الرواية، وكان غيره يخالفه في ذلك على ما قد ذكرناه في كتاب العرايا من المقدمات، وسائر المسألة قد مضى الكلام عليه مستوفى في رسم أوله مسائل بيوع ثم كراء من سماع أشهب، فلا معنى لإعادته.

ومن كتاب المكاتب

وسألته عن رجل تصدق على بنين له ثلاثة بأرض أو دار وأحد الولد غائب، فأراد الحاضران أن يحوزا حظيهما، فقاسمهما الأب فأخذا ثلثي الأرض أو الدار؛ وحبس الوالد الثلث فمات قبل قدوم الابن الغائب فلما قدمَ أراد أن يدخل على أخويه فيما حازا مما كان أبوهم قد تصدق به عليهم؛ فقال: لا حقّ له إذا لم يحز لنفسه ولم يحز له حائز، ولأخويه ما حازا دونه؛ قلت فلو لم يقاسمهما الأب فحازا ثلثي ذلك أو أقل أو أكثر حيازة مبهمة، ليست حيازة مقاسمة؛ قال أصبغ ما حازا بينهم، لأن الصدقة وقعت بينهم على الإِشاعة، وقبضهما حيازة للغائب لمغيبه، فقد حازا من الصدقة شيئاً هو بينهما وبين الغائب، فذلك جائز وهو بينهم سواء، كما كانت الصدقة بينهم؛ ويشبهه أن يقولوا مثل هذا أيضاً وإن كانا حازاه على مقاسمة من الأب فيها، لأن القسمة التي قسمها الأب لا تجوز عليه، إذ ليس ممن يجب أن ينظر له.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه الرواية قلت فلو لم يقاسمهما الأب إلى آخر المسألة، ساقط من أكثر الكتب، وهي زيادة جيدة تتم بها المسألة؛ ولا إشكال فيما حاز الحاضران على غير قسم أنه بينهما وبين الغائب، وإنما الكلام فيما حازاه على مقاسمة

من الأب لهما على الغائب؛ فالقياس أن يدخل الغائب عليهما فيما حازاه على الأب، لأن قسمته لا تجوز عليه إذا كانت بعدَ الصدقة ولم تكن في أصلها؛ ووجه أعمال القسمة عليه- وإن لم تكن في أصل الصدقة، وكانت بعدها مراعاة قول من يقول إن الصدقة والهبة لا يجب الحكم بها على المتصدق والواهب ما لم تقبض منه فكانت القسمة كانها في أصل الصدقة؛ ولو قدم الغائب والمتصدق حي، لما جازت عليها القسمة إذا لم تكن في أصل الصدقة؛ وعلى قياس إجازة القسمة على الغائب استحساناً مراعاة لهذا الخلاف، يأتي ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن المدنيين والمصريين- وقال إنه مما اجتمعوا عليه ورأوه واحداً في الهبة والصدقة من أن الرجل إذا حبس حبساً على بنيه الصغار والكبار، أو تصديق عليهم بصدقة، فقاسمه في أصل التحبيس أو بعده، للصغار من ذلك مساكن معروفة محدودة، وللكبار مثل ذلك، فلم يحز الكبار ما سمى لهم من ذلك، وحاز هو للصغار ما سمى لهم؛ جاز ذلك للصغار وبطل على الكبار، لأنه إنما صار كأنه إنما حبس على كل فريق منهم شيئاً بعينيه مفروزاً محدوداً، وقال فضل رأيت ابن حبيب قد ذكر في سماعه من أصبغ، عن ابن القاسم بخط يده: إذا قسم ذلك في أصل الحبس ولم يذكر فيه هذه كما حكى ههنا.

قال محمد بن رشد: وهذا هو القياس، إلا أن يكون إذ قسم الحبس أو الصدقة بين الصغار والكبار بعد أن حبس أو تصدق عليهم جميعاً، قسمه مع الكبار برضاهم، فيجوز ذلك ويكون للصغار حظهم بحيازة الأب إياه لهم، ويبطل حظ الكبار، إلا أن يحوزه ولا يكون في ذلك اختلاف ولا اعتراض، لأن قسمة الأب على الصغار جائزة، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسألته عن الرجل يكون بينه وبين الرجل عبد، فيقول أحدهما نصيبي من خدمتك عليك صدقة؛ فقال: يقوم عليه نصيب صاحبه، ويكون بذلك بمنزلة من أعتق شركاً له في عبد. قلت فإن قال الرجل لعبده خدمتك عليك صدقة ما عشت أنت، أو ما عشت أنا؛ قال: أما حياة العبد فبين أنه حُرّ ساعتئذٍ، وأما حياة السيد، فليس له من خدمته إلا حياة السيد، ولا يكون حراً؛ وكذلك قوله بخراجك وبعملك.

قال محمد بن رشد: فرق مالك في سماع ابن القاسم من كتاب الخدمة في أول رسم منه بين الخراج والعمل، فقال إنه إن قال تصدقت عليك بخراجك، كان له أن يستخدمه ولا يضربه. يريد في مثل ما استخدم فيه أم الولد، وإن قال قد تصدقت عليك

بعملك، كان حرا مكانه؛ وقال سحنون: مفاد الخراج والعمل والخدمة- عندي- واحد، فإن قال الرجل لعبده قد تصدقت عليك بخدمتك أو بخراجك أو بعملك، فإن كان أراد ما عاش العبد فهو حُرّ ساعتئذ؛ وإن كان ما عاش السيد فليس له منه إلا حياة السيد، فقول سحنون في مساواته بين الأهل والخدمة والعمل، مثل قول ابن القاسم في هذه الرواية، خلاف قول مالك: ولا فرق عند جميعهم بين الخدمة والعمل، ولم يتكلم ابن القاسم إذا قال قد تصدقت عليك بخدمتك أو بعملك ولم يقل ما عشت أنت أو ما عشت أنا، والذي يوجبه النظر أن يصدق في ذلك دون يمين، وهو الذي يدل عليه قول سحنون؛ فإن قال لم تكن لي نية، حمل على حياة العبد وكان حراً مكانه، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسألته عن الرجل يتصدق في صحته على الرجل بمن إذا ملكه عتق عليه، فلا يقبل صدقته. ما يكون حال العبد؛ فقال يكون حرًّا على سيده الذي تصدق به، ويكون ولاؤه له ولا يجبر المتصدق عليه على أخذه.

قال محمد بن رشد: قوله إذا لم يقبل أنه يكون حراً على سيده الذي تصدق به، ويكون الولاء له، خلاف نص قوله في المدونة في الذي يوصى له بمن يعتق عليه والثلث يحمله. إنه يعتق عليه قبل أو لم يقبل، ويكون الولاء له؛ قال أبو إسحاق التونسي: وكان القياس إذا لم يقبل أن يرجع رقيقاً لورثة الموصي في الوصية، أو للمتصدق به في الصدقة، ووجه ما ذهب إليه: أن الموصي والمتصدق، إنما ملكه كل واحد منهما إياه- إن شاء، فكان كما لو قال لعبده عتقك بيدك، إن شئت، فقال لا أقبل أنه رقيق؛ ووجه ما في المدونة أن المتصدق والموصي لما علم كل واحد منهما أنه يعتق عليه إذا ملكه ولم يكن على يقين من قبوله إياه، حمل عليه أنه أراد عتقه عنه، فكان الولاء له- قبل أو لم يقبل، ووجه هذه الرواية، أنه لما علم أنه يعتق عليه فأوصى له به، أو وهبه إياه أو تصدق به عليه، فقد قصد إلى عتقه، فكانه قال إن قبله، وإلا فهو حر؛ والقولان في الولاء إذا لم يقبل في رسم القطعان من سماع عيسى من كتاب العتق، وأما إذا أوصى له بشخص ممن يعتق عليه، أو وهبه إياه، أو أوصى له به كله- فلم يحمله الثلث، فمذهب ابن القاسم أنه إن قبل عتق عليه ذلك الشخص، وقوم عليه الباقي إن كان له مال؛ وإن لم يقبلوا عتق عليه ذلك الشخص وكان ولاؤه له، وقال علي بن زياد عن مالك إن لم يقبل سقطت الوصية، وكذلك على روايته يرجع الشخص الموهوب إذا لم يقبله الموهوب له إلى الواهب ملكاً، ووجه ما ذهب إليه مالك في

رواية علي بن زياد: أنه حمل عليه إذا كان ثم تقويم يضرُّ به، أنه خيره بين أن يقبل فيعتق عليه ما قبل، ويقوم عليه باقيه؛ وبين ألا يقبل فيرجع إليه رقيقاً. وإذا لم يكن ثم تقويم يضر به حمل عليه أنه أراد عتقه عنه بكل حال؛ وعلى هذه الرواية أنه أراد عتقه عن نفسه، إن لم يقبله، ورواية علي بن زياد في الشخص يوهب له ممن يعتق عليه، أو يوصى له به، أنه إن لم يقبله رجع رقيقاً، أظهر من مذهب ابن القاسم، لأنه إذا كان يعتق عليه الشخص على كل حال- قبله أو لم يقبله- بعد أن يقوم عليه إذا قبله، إذ لم يؤثر قبوله له شيئاً، وبالله التوفيق.

مسالة:

قلت فإن تصدق رجل على رجل مفلس بدنانير ليؤديها في دينه فلم يقبل وقال الغرماء نحن نقبل ذلك عليه ولا ينبغي له أن يضرّ بنا في رد ما تصدق به عليه؛ فقال لا يجبر على أخذ الصدقة، لأنه يقول لا ألزم نفسي مذمة ولا أوجب لأحد علي منة، وسيرزقني الله فأؤدي- إن شاء الله.

قال محمد بن رشد: تكررت هذه المسألة في هذا الرسم من هذا السماع من كتاب المديان والتفليس، وهي مسألة صحيحة بينة، قد أغنى ابن القاسم عن القول فيها بنصه على العلة فيها، فإن قال الغرماء ليس من حقّ المتصدق عليك أن يؤدي إلينا ديوننا عنك، فيكون عليه قد امتن بذلك عليك، ولا يكون لك في في ذلك حجة، فما الفرق بين ذلك وبين أن يعطيك ما تؤدي منه دينك؛ قيل لهم الفرق بين ذلك ظاهر بين، لأنه إذا أدى عنه دينه إلى الغرماء بغير اختياره، كان من حقه إذا أيسر أن يؤدي ما عليه من الديون ويجبر أربابها على قبضها، لتزول المنة عنه في أدائها عنه، ولو قبض المفلس الصدقة التي تصدق بها عليه على أنه بالخيار في قبولها وردها، فأراد ردها وقال الغرماء نحن نقبلها؛ لتخرج ذلك على قولين حسبما ذكرناه في كتاب التفليس.

ومن كتاب الأقضية

قال يحيى: وسألت ابن وهب عن أخوين تنازعا في رقيق ادعى أحدهما أن له فيها شركاً، فقال المدعي لأخيه أن منجاحا وابنتيه بيننا، وقال له أخوه ليس له إلا ابنة واحدة، فقال أخوه بل له ابنتان صغيرة وأخرى كبيرة، فقال له أخوه إن كانت له ابنة سوى صغيرة فهي عليك صدقة فخاصمه الأخ فيما تصدق به عليه من الابنة الأخرى ثم أقرّ الأخ بعدما نظر في أمرهما أن له ابنة أخرى، وقال إنما وهبت وليس لك صدقة،

وظننت أنك تعني منجحاً غلاماً سواه؛ فقال الأخ والله لا أقيلك من صدقتي ولا أدعها أبداً إلا أن يقضى له بها، قال: فقال سمعت مالكاً يقول- وهو الذي آخذ به- أن الصدقة إذا كان أصلها على وجه الصلة وطلب البر والمكافأة، وما أشبه ذلك من الوجوه المعروفة بين الناس في احتسابهم، أو حسن معاشرتهم، فإن صاحبها لا يرجع فيها؛ وإن خاصمه المتصدق بها عليه، قضي له عليه بها، قال وأما كل صدقة تكون في يمين الحالف، أو لفظ منازع، أو جواب مكذب لصاحبه، مثل ما ذكرت لك في مسألتك؛ فهي باطل لا يقضى بها لمن تصدق بها عليه في بعض هذه الوجوه، وما أشبهها، إلا أن معطيها والمتصدق بها، يوعظ ويؤثر، فإن تطوع بإمضائها، كان ذلك الذي يستحب له، وإن شح، لم يحكم عليه فيها بشيء.

قال محمد بن رشد: مثل هذا في كتاب الهبات من المدونة أن ما كان من الصدقة على وجه اليمين للمساكين، أو لرجل بعينه، فلا يجبره السلطان على أن يخرجها، وهو المشهور في المذهب؛ والمعنى في أنه لا يقضي بها بين، وذلك أن الحالف بالصدقة إنما يقصد إلى الامتناع مما حلف بالصدقة ألا يفعله، لا إلى إخراج الصدقة، والأعمال بالنيّات؛ لكنه إذا فعل الذي حلف بالصدقة ألا يفعله، فقد اختار إخراج الصدقة على ترك الفعل، فلذلك قال إنه يوعظ ويؤثر، إنما لا يقضى عليه بالصدقة، وإن كان إثماً في الامتناع من إخراجها، لأنه لا أجر له في الحكم عليه بها وهو كاره، فيذهب ماله في غير منفعة تصير إليه، ولهذا المعنى لا يحكم على من نذر نذراً بالوفاء به، وفي المدنية لمحمد بن دينار فيمن شرط لامرأته أن تسري عليها فالسرية صدقة عليها، إن الصدقة بالشرط تلزمه، وأنه إن أعتقها بعد أن اتخذها لم ينفذ عتقه، وكانت لها صدقة بالشرط، ولابن نافع في المدنية أيضاً فيمن باع سلعة من رجل وقال إن خاصمته فهي صدقة عليك، فخاصمه فيها، أن الصدقة تلزمه، فإن كان يريد بقوله أن الصدقة تلزمه، أنه يحكم بها عليه، فهو مثل قول ابن دينار، خلاف المشهور في المذهب، وأما ما كان من الصدقات المبتلات لله على غير يمين، فيحكم بها إن كانت لمعين باتفاق، وإن كانت للمساكين أو في السبيل على اختلاف الرواية في ذلك في المدونة، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسألته عن أخوين أوصى أحدهما بوصية فكتب فيها: وقد تصدق فلان ابن فلان الفلاني على أخيه فلان ابن فلان بحظه من مورثه في دار أبيه وجنانها وبئرها وكل ما صار له فيها، تصدق به صدقة لله بتلاً، أمضاها فلان الموصي لأخيه فلان- حي أو

ميت، وما كان من غير ذلك من متاع، أو ناض، أو عقار، أو حيوان، أو دار، أو قرية، أو شجر، أو رحى، أو حانوت، أو بيت- في داخل المدينة، أو خارجاً منها في أرباضها، أو خارجاً من أرباضها، أو قراها في جميع الأندلس، أو في المشرق، ودارهم التي بإفريقيا التي اشتروا من ورثة أبان بن راشد الحلي، أو رقيق في كل ما سمياه في قراهم، أو غير ذلك من البلاد، من قليل أو كثير؛ فهو بين أخيه وفلان شرعاً- سواء بينهما، فادعى الموصي أنه كان أوصى بهذه الوصية مما ذكر من شرك أخيه وصية منه، وأنه ينقضها إذا بدا له، كما ينقض الموصي وصيته، وادعى أخوه أن ذلك إقرار منه له بشركه الذي كان يعرف له، وقد كانا- فيما يعرف الناس من ظاهر أمرهما- شريكين حتى تجاحدا ذلك وتناكراه. قلت فهل ترى ما كتب صاحب الوصية في وصيته هذه- إقراراً لأخيه- ومبتدؤها وصية على ما ذكرت لك، وكان كتبه إياها عند غزوة غزاها- وهو صحيح سوي.

قال أرى إن ثبتت هذه الوصية التي اقتصصت بالبينة العادلة، أو بإقرار منه بها، أن يلزمه جميع ما فيها من الصدقة بحظه من الدار التي ورث عن أبيه وجنانها، وبئرها لأنه بتلها لأخيه ويلزمه فيما سوى ذلك من جميع ما كان في يديه يوم أقرّ لأخيه بها في هذه الوصية إقراره، فيجعل ذلك بينهما نصفين، وأرى ما نص من ذلك إقراراً منه لأخيه، ولست أراها وصية يجوز له نقضها كما ادعى؛ قال وسألت عن ذلك ابن القاسم وأقرأته كتاب الوصية على مثل ما أقرأته ابن وهب، فقال مثل قول ابن وهب ولم يخالفه في شيء منها.

قال محمد بن رشد: هذا كما قالا، لأن الإقرار فيها بين، وإن كان ابتداؤها وصية، لأن الرجل يلزمه أن يذكر في وصيته ما عليه من الحقوق، فهو آكد عليه مما يوصي به أنه ينفذ عنه، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسألت ابن وهب عن الرجل يتصدق على ابن أخيه، أو على أخيه وهو صغير في حجره، وهو يليه بالنظرله، والقيام بأمره- وليس بوصي لأبيه فيكون في يدي المتصدق حتى يموت؛ أيحوز ذلك عليه كنوز الوالد؟ وهل تحوز الأم لولدها الصغير ما تصدقت به عليه، أو الأجداد، أو الجدات، أو الأخوال، أو الخليلات، أو الأعمام، أو العمات؛ قلت فسر لي- رحمك الله- من يحوز من هؤلاء على الصغير ما يتصدق به عليه إذا كان في حجره، ومن لا يحوز عليه منهم، قال لا يحوز من هؤلاء على

الصغيرما يتصدق به عليه إذا كان في حجره- إلا الأب، والوصي، والأم إذا كان يتيماً في حجرها- وإن لم يكن موصى إليها؛ والأجداد بمنزلة الأب إذا لم يكن الأب وكان الجد هو الذي يليه وهو في حجره، والجدات بمنزلة الأم، إذا لم تكن الأم وكان في حجرها. قال وأما ما سوى هؤلاء، فلا يكون حوزهم حوزاً للصغير إلا إن برئ منه إلى رجل يليه للصغير. قلت له أرأيت الأبوين، والأجداد، والجدات، والوصي، الذين جعلتهم كالأب فيما يلي من الحوز للصغير، أيجزيهم الإشهاد وإعلان الصدقة، ويثبت ذلك للصغير المتصدق عليه، وإن انتفعوا بكل الغلات إن كان عقاراً، أو لبس الثياب إن كانت الصدقة ثياباً، أو استخدام الرقيق إن كانت الصدقة رقيقاً، أم لا يكون الحوز على الصغير ممن يلي ذلك له من هؤلاء الذين نصصت لك حوزهم عليه، إلا بحبس الغلة عليه، وأن تكري تلك الصدقة باسمه، ويشهد على نفسه بما يقبض من غلته، وبرىء من الانتفاع بقليل ذلك وكثيره، وكيف إن لبس الثوب لبساً خفيفاً، أو أتاه وأدرك بعينه، أو استخدم الرأس استخداماً يسيراً قال وسألت ابن القاسم عن مثل الذي سألت عنه ابن وهب من الحيازة على الصغير، فقال لا يحوز على الصغير ما يتصدق عليه إلا الأب، أو الوصي؛ ولا يحوز له إلا من كان يحوّز له إنكاحه والمبارأة عنه والاشتراء له، والبيع عليه؛ قال: قال ابن القاسم وقد سألت مالكاً عن الأم تتصدق على ابنها الصغير في حجرها- قد مات أبوه-، فقال إن كانت وصية عليه فهذا الذي لا يعرف غيره أنه جائز، قال ابن القاسم- فأما ما سواها من أمر ليست بوصية، أو خال، أو عم، أبو قريب، أو بعيد، فلا يحُوز على الصغيرَ وإن كان في حجره، وأما أن يحوز له الأب أو الوصي أو وصي الوصي ما تصدق به عليه أو تصدق به غيره عليه.

قال محمد بن رشد: في سماع عبد الملك من كتاب الوصايا، أن كل من ولي يتيماً من قريب أو بعيد، فإنه يحوز له ما وهب له، ومثله من بيده اللقيط، ورواه ابن غانم، ونحوه في كتاب القسمة من المدونة أن الرجل يحوز مقاسمته- على من التقطه، فهو قول ثالث في المسألة حسبما مضى تحصيله في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الحبس؛ ولما سأل ابن وهب في هذه الرواية إذ أجاز حيازة الأجداد والأم والجدات لما وهبوا- إذا كانوا في حجورهم، وجعلهم في ذلك كالأب، هل يكتفون من الحيازة بالإشهاد علي الصدقة وإعلانها وإن انتفعوا بأكل الغلات، وإن كان عقاراً أو لبس الثياب إن كانت الصدقة ثياباً، أو استخدام الرقيق إن كانت الصدقة رقيقاً، أم لا تصح حيازتهم لهم إلا أن يكروا ما يكري من ذلك بأسمائهم، ويشهدوا على أنفسهم

بما يقبضون من غلات ذلك، ويبرؤوا من الانتفاع بذلك بقليل ذلك أو كثيره، سكت عن الجواب في ذلك، ولا أعرف له في ذلك مذهباً منصوصاً عليه؛ وقد اختلف فيما عدا الملبوس والمسكون من ذلك في الأب والوصي على ثلاثة أقوال، قد مضى تحصيله في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب، فلا معنى لإعادته؛ وأما الملبوس والمسكون فلا اختلاف في أن الأب أو الوصي إذا لبس أو سكن ما وهب أو تصدق به، أو حبسه، بطلت حيازته، وكذلك من سَعَى الأب والوصي عند من يجيز حيازته ما وهب لمن في حجره، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسألت ابن وهب عن امرأة استخلفت رجلاً يخاصم لها في منزل غصبته، فخاصم حتى قضي لها به، وسكنت فيه سنة- والمستخلف المخاصم معها فيه، فسألها المخاصم أن تتصدق عليه بثلث ذلك المنزل الذي قضى لها به ففعلت، ثم إن المرأة قامت عليه بعد تدعي أنها كانت جاهلة بما تصدقت به عليه من ثلث المنزل، فأتت بشهيدين فشهدا أن فلاناً المخاصم لها المتصدق عليه، ادعى عند القاضي أنها جعلت له الذي أعطته في القرية في شخوصه وقيامه، وأنكر القاضي أن يكون علم ذلك من دعوته عنده، أو سمعه منه؛ غير أن الشهيدين قد ثبتا على شهادتهما بما كان يدعي عند القاضي من ذلك، وشهد له أيضاً شاهد جائز الشهادة آخر أن فلاناً المتصدق عليه كان يقلل عندها الذي سألها من الصدقة، ويزعم لها عند سؤاله إياها أنه يسير حقير لو عرفته، ثم ادعى المتصدق عليه أنها كانت صدقة منها عليه في صحة من بدنها، وجواز من أمرها بعدما عرفت الثلث الذي تصدقت به عليه، وموضع الفدادين، وما في ذلك الثلث من شجر، أو حجر، أو منتفع، قليل أو كثير؛ وأنه سكن معها في الصدقة عامين، وكانت الصدقة فيما زعم بعد أن قضي لها بالمنزل بسنتين أو نحو ذلك؛ قلت فهل ترى صدقته ثابتة له عليها- والمرأة قد بلغت مبلغ من يجوز عليها أمرها من النساء؛ فقال لي ابن وهب أرى الصدقة لها لازمة، وعليها جائزة بالذي ثبت عليها أنها تصدقت بذلك بعد معرفتها بماء تصدقت به، قال فأما إن كانت معروفة بالجهالة بذلك المنزل، فخدعت عما تصدقت به وثبت لها أنه قلل لها وحقره عندها وهي بذلك غير عالمة بالذي قضي لها به، ولا جائزة بالذي طلب إليها فيه، فأري الصدقة على مثل هذا غير جائزة، قال وسألته عن الجعل في الخصومة فلم يره جائزاً. قلت فإن وقع، قال يعطى أجر مثله في شخوصه - قضى له أو لم يقض بشيء؛ وقال وسألت ابن القاسم عن

صدر هذه المسألة على مثل ما سألت عنه ابن وهب، فقال أرى أن الصدقة جائزة بعد أن يحلف المتصدق عليه بالله ما كان الذي تصدقت به عليه أمراً قاطعته به قبل الخصومة، وما الذي أحدثته من الصدقة أمراً كان أصله على المجاعلة في الخصومة التي قام بها، وما هو إلا شيء طاعت له به لما قضي لها به على يديه، فتصدقت بذلك عليه شكراً ومكافأة؛ فان حلف على ذلك، جازت له الصدقة للذي ثبت عليه من عمله، بما تصدقت به عليه، ومعرفتها به وبحدوده؛ وذلك أنا نرى أن رجلاً لو سأل رجلاً يقوم له في خصومة ويكافئه عليها، لكان الذي فعله لا يصلح، ولو قام بالخصومة على تلك العدة، لكان وجه الصواب في ذلك أن يعطيَ أجر مثله؛ قال ولو أعطاه داراً، أو عبداً، أو أرضاً مكافأة له، ففات ذلك وقبضه، لجاز ذلك- ولم يكن للمعطي أن يتعقبه فيه بأمر ينتزع به منه الذي تطوع له به وكافأه به من غير سلطان ألزمه إياه؛ لأنه أنما أعطاه ذلك للذي كان يلزمه له من أجر مثله- فيما قام له به من الخصومة، وشخص له فيه؛ فأري أنه إن كانت عطيتها إياه على غير مقاطعة سميت له في أصل الجعل، أو صدقة منها، فهي حلال في الأمرين جميعاً- العطية له جائزة، والصدقة كذلك، قال فإن كانت جاعلته على ثلث ذلك المنزل عند ابتداء الخصومة، فذلك موضوع عنها، وله أجر مثله؛ وذلك أن مالكاً قال لا يحل الجعل في الخصومة على إن فلج فله جعله، وإن لم يفلج فلا شيء له؛ ومن عمل في هذا فله أجر مثله. قلت فما وجه ما تجوز به الإجارَة في الخصومة؟ قال لا أرى به بأسا مشاهرة- إذا عرف وجه الشخوص فيها شهراً بشهر، فلا أرى أيضاً بأساً أن يقاطع إذا كان الذي يخاصم فيه شيئاً معروف القدر، خفيف الخطر، ووجه الشخوص فيه لا يكاد يختلف فيه.

قال محمد بن رشد: وقعت هذه المسألة في سماع سحنون من كتاب الجعل والإجارَة ملخصة محذوفة، وبعض ألفاظها مخالفة لما وقع فيها ههنا، من ذلك أنه قال فيها هناك أنه ادعى أنها صدقة وأقام البينة على صدقته- وهم مقرون بها، غير أنهم قالوا إنما فعلنا لأنا ظننا أن ذلك يلزمنا، وإنما قاموا عليه بعد سنين والمعنى فيها، أن الرجل خاصم في القرية لأربابها، فلما استحقها لهم تصدقوا عليه بثلثها، فقبض الثلث وحازه؛ ثم إنهم قاموا عليه بعد سنين فقالوا إنا كنا جاعلناك على الخصام في القرية بثلثها الذي دفعناه إليك وذلك لا يجوز لك لأنه جعل فاسد لا يجوز، وأقاموا البينة على إقراره بأنه أخذه على جعله بما شهد به عليه الشاهدان بأنه كان يدعي ذلك عند القاضي؛ وقال هو إنما أخذته بالصدقة، وأقام البينة على الصدقة، فأقروا، وقالوا إنما تصدقنا عليك به، لأنا

ظننا أن ذلك يلزمنا بالجعل الذي شارطتنا عليه، فرأى ابن وهب الصدقة لها لازمة وعليها جائزة، قال: فالذي ثبت عليها أنها تصدقت بذلك بعد معرفتها بما تصدقت به، وليس في السؤال ثبوت الصدقة عليها، دائما وقع ذلك في سماع سحنون من كتاب الجعل والإجارَة، غير أن فيه إقرارها بها ودعواها الجهل بمقدارها، وذلك كثبوت ذلك عليها، ولا فيه أيضاً ثبوت معرفتها بقدر الصدقة، غير أن فيه أنها سكنت في المنزل مع المخاصم لها فيه سنة بعد أن قضى لها به قبل الصدقة، وذلك يقتضي معرفتها بمقدار ذلك؛ قال ولو كانت جاهلة بمقدار ما تصدقت، وثبت أنه قلل لها ذلك وحقره عندها لما لزمتها الصدقة ورأى ابن القاسم أيضاً الصدقة لها لازمة ولم يعذرها بالجهالة، ولا رأى ما ثبت عليه هو من ادعائه أنه أخذه على جعله ضائراً له، لأن بإزائه إقرارها له بالصدقة التي ادعى واستظهر عليه باليمين على أنه لم يقطعها بالثلث قبل الخصومة، وإنما طاعة له به بعدها شكراً ومكافأة عليها من أجل ما تضمنه السؤال من أنه شهد عليه أنه ادعى عند القاضي أنها جاعلته وعلى ذلك، وفي قوله في آخر جوابه قال: فإن كانت جاعلته على ثلث ذلك المنزل عند ابتداء الخصومة، فذلك موضوع عنها، وله أجر مثله؛ وذلك أن مالكاً قال لا يحل الجعل في الخصومة على أن فلج فله جعله، وإن لم يفلج فلا شيء له؛ ومن عمل في هذا فله أجر مثله؛ دليل على أن ذلك جائز عنده على القول بأن الجعل جائز في الخصومة، على أنه أن فلج فله جعله، وإن لم يفلج فلا شيء له؛ خلاف قوله في رسم أول عبد ابتاعه فهو حُرّ من سماع يحيى من كتاب الجعل والإجارَة في الذي يقول للرجل قم لي بطلب شفعتي- ولك إن استحققتها نصف سهمي ونصف ما تأخذ لي بالشفعة؛ أن ذلك لا يجوز وإن كان الجعل حلالاً، لأنه جعل فيه ما لم يملكه بعد، وبينا هناك أن ذلك ينبغي أن يكون جائزاً على القول بأن الجعل في الخصومة جائز على أنه أن فلج فله جعله، وإن لم يفلج فلا شيء له بياناً شافياً، فلا معنى لإعادته، وهو ظاهر قوله ههنا. وقد اختلف قول مالك في الجعل في الخصومة على أنه إن فلج فله جعله، وإن لم يفلج فلا شيء له، وقع اختلاف قوله في ذلك في آخر كتاب الجعل والإجارَة من المدونة واختلف في ذلك قول أبي القاسم أيضاً، روءس عنه يحيى في أول رسم من سماع يحيى من كتاب البضائع والوكالات، إجازة ذلك، خلاف قوله في هذه الرواية، والأظهر إجازة ذلك، لأن الجعل على المجهول جائز وإنما كرها ذلك على أحد قوليهما إذا كثر الجهل فيه- استحساناً، وأما إذا قل الجهل فيه وكان الذي يخاصم فيه شيئاً معروف العدد، خفيف الخطب، وجه

الشخوص فيه لا يكاد يختلف؛ فذلك جائز قولاً واحداً- كما قال في هذه الرواية؛ وقوله إن الوجه في الإجارَة في الخصومة إذا عرف وجه الشخوص فيها، أن تكون مشاهرة شهراً بشهر، معناه أن يستأجره شهراً على الخصام بأجر معلوم، فإن فلج أو فلج عليه قبل تمام الشهر، كان له من إجارته بحساب ما مضى من الشهر، وإن انقضى الشهر ولم يفلج فاستأجره على التمادي على الخصام شهراً آخر أيضاً فإن فلج قبل تمام الشهر، كان له من إجارته بحساب ما مضى من الشهر، كالذي يستأجر الرجل شهراً على أن يبيع له ثوباً، فان باع قبل تمام الشهر، كان له من إجارته بحساب ما مضى منه؛ وإن انقضى ولم يبع شيئاً استوجب جميع أجرته؛ وكذلك قال مالك في كتاب ابن المواز إنما تجوز الإجارة في الخصومة بأجر معلوم، وأمد معلوم، يكون ذلك له ظفر أو لم يظفرن قال ابن القاسم ثم ليس له ترك ذلك حتى يستخرجه؛ قال أصبغ كالإجارة على بيع السلعة وإن لم يتم وقتا إذا كان لذلك وقت قد عرفه الناس، والأجل على كل حال أحسن، وقول أصبغ صحيح على ما قالوا في الشيء الذي يباع من جاعل أن الإجارة على بيعه جائز دون ضرب الأجل، من الحناء في بيعه معروف، فهو أجل مبلغ، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله: أول عبد ابتاعه فهو حر

مسألة:

قال: وسألته عن الرجل يتصدق على ابنه الصغير برقيق ثم يموت فيترك الورثة تلك الرقيق في يد المتصدق عليه نحواً من ثماني عشرة سنة، ثم يريدون اقتسام تلك الرقيق ويقولون إنما تركناها في يدك على حال ارفاقك بخدمتها، فإذا زعمت أنك حبستها بأنها عليك صدقة، فهات على دَعواك بالبينة؛ فيقول قد طال ترككم إياها عندي معرفة منكم بحقي، ولو سألتموني البينة على الصدقة بحداثة موت أبي وَجَدْتُها، وقد ماتوا اليوم أو نسوا، وفي ترككم إياها في يدي إقرار منكم بمعرفة صدقي، ولعله قد كان يعتق ويتصدق ويبيع. قال ابن القاسم: إن جاء بالبينة على أهل الصدقة فالأب عليه حائز مع قبضه للرقيق بعد أبيه وترك الورثة ذلك في يدي لا يكلفونه حوزاً، ولا يسألونه إياه، وإن لم تكن له بينة على أصل الصدقة، وإنما أراد أن يوجب لنفسه دعواه بترك الورثة اقتسام الرقيق، فلا حقّ له فيها إلا مورثه منها، إلا أن يكون إذ حازها بالقبض لها، كأن يعتق ويبيع ويصنع ما يصنع المرء فيما خلص له من الأموال، فإن كان كذلك

مع حضور الورثة وعلمهم بفعله، فهو أحق بالرقيق من جميع الورثة، قال وإن كان إنما أعتق رأساً من عدة رقيق، أو تصدق بيسير من كثير، فإن ذلك لا يوجب له الصدقة التي ادعى لا فيما أحدث فيه، ولا فيما بقي من الرقيق؛ غير أنه إن كان أعتق، قوم عليه؛ وإن كان باع، غرم أنصباء أشراكه من الثمن لحضورهم وعلمهم بالبيع؛ قال وإن كان الذي أحدث فيه من العتاقة والبيع والصدقة وما أشبه ذلك في جلّ الرقيق وأكثرها، فالذي بقي من الرقيق تبع لما أحدث فيه يستحق ما بقي بما ادعى من الصدقة لفوزه ذلك، وقبضه دون إخوته.

قال محمد بن رشد: قوله إنه لا يستحق الابن المتصدق عليه الرقيق بطول مكثها في يديه إذا لم تكن له بينة على أصل الصدقة، صحيح لا اختلاف في أنه لا حيازة بين الأقارب الشركاء بالميراث وغير الشركاء بالسكنى والازدراع فيما يسكن ويزدرع، أو بالاستخدام واللباس فيما يستخدم ويلبس- وإن طالت المدة، إلا ما تناوله بعض الناس على ما في المدونة في قوله: وهذا من وجه الحيازة التي أخبرتك من أنه لا يجوز على مذهبه في المدونة في الحيازة بين الأقارب والأجنبيين- وهو بعيد، وكذلك قوله إلا أن يكون إذ حازها بالقبض لها، كأن يعتق ويبيع ويصنع ما يصنع المرء فيما خلص له من الأموال، فإن كان كذلك مع حضور الورثة وعلمهم بفعله، فهو أحق بالرقيق من جميع الورثة؛ صحيح أيضاً لا اختلاف في أن التفويت بهذه الأشياء من البيع والعتق والهبة والصدقة والكتابة والتدبير والوطء، حيازةُ بين الأقارب الشركاء بالميراث وغيرهم إذا كانوا حضوراً، ويفترق الحكم بين أن يحضروا التفويت، أو يعلموا به- وهم في البلد حضور، حسبما قد مضى بيانه في رسم يسلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق، ويختلف إذا فوت بذلك الوارث أو القريب- اليسير من الجميع، أو الجل وبقي اليسير: فقيل إن القليل تبع للكثير في الوجهين، وهو قوله في هذه الرواية، ومثله في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق؛ وقيل إنه لا يكون تبعاً له في الوجهين؛ فإن كان أعتق رأساً من عدة رقيق، أو باعه أو وهبه، استحقه بذلك ولم يكن لأشراكه في الميراث عليه في ذلك حق، لحضورهم وعلمِهم، وإن كان أعتق الجل أو فوت ذلك بالبيع، أو الهبة، أو الصدقة؛ كان لأشراكه في الميراث حقهم - فيما بقي -، وإن كان يسيراً، وسقط حقهم في الكثير المتفوق - وهو ظاهر قول ابن القاسم في سماع سحنون من كتاب الاستحقاق؛ وقد قيل إن معنى ما في سماع سحنون إذا كان الذي حازه الوارث بهذه المعاني متناصفاً، أو متقارباً، فلذلك قال إنه لا يكون القليل

تبعاً للكثير- لا فيما حيز ولا فيما لم يحز، فلا يكون على هذا اختلاف في أن القليل تبع للكثير، وهو أولى من حمْل ذلك على الخلاف، إذ لا اختلاف في أنه إذا كان ما حازه الوارث على أشراكه بهذه المعاني متقارباً، أو متناصفاً، لا يكون بعض ذلك تبعاً لبعض، وبالله التوفيق.

من سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم

قال سحنون: وسألت ابن القاسم عن الرجل ينحَل ابنه الدنانير ويضعها على يدي رجل، ثم يصوغها له حلياً، أو كانت آنِيَة، ثم أراد اعتصارها؛ قال ليس ذلك له، لأنه قد تغير عن حاله، وإنما ذلك بمنزلة أن لو اشترى له جارية أو غير ذلك ثم أراد اعتصارها، لم يمكن من ذلك، قال سحنون: وقال ابن وهب عن مالك في الدنانير والدراهم التي صيغت حلياً مثل قول ابن القاسم.

قال محمد بن رشد: قوله أو كانت آنية - يريد آنية فصاغها، فقوله في الدنانير والآنية إذا وهب ذلك لابنه ثم صاغه له حلياً، أنه لا اعتصار له في ذلك، لأنه قد تغير عن حاله؛ تعليل صحيح، وهي علة متفق عليها إن كان صاغها بمال الولد، وأما إن كان صاغها له بماله، أو أخرج أجرة صياغتها منها، فيجري ذلك على الاختلاف في الهبة تتغير في بدَنها بنقصان أو نماء، من غير أن تنمو بنفقة الابن، لأنها إذا نمت بنفقة الابن، فلا اختلاف في أنه لا اعتصار للأب فيها، مثل أن يكون صغيرا فينفق عليه حتى يكبر، أو هزيلاً فينفق عليه حتى يسمن، أو داراً فيصلحها ببنيان وما أشبه ذلك؛ فظاهر قوله في هذه الرواية أن تغير الهبة في بدَنها بأي وجه كان من زيادة أو نقصان، يفيد فيها الاعتصار، وهو ظاهر قول مالك في المدونة ما لم يحدثوا ديناً، أو ينكحوا، أو تتغير عن حالها؛ وهو قول أصبغ في الواضحة، خلاف قول مطرف، وابن الماجشون- أن تغير الهبة في بدَنها بالزيادة والنقصان، لا يُفيد فيها الاعتصار، وأما تشبيهه صياغة الدنانير له بابتياعه له بها الجارية، فليس ببين، لأن الدنانير التي وهب له قد صارت لبائع الجارية، والجارية ليست عَين ما وهب؛ وأما الحلي فهو عين ما وهب من الدنانير أو الفنية، وفي المدنية قال سمعت مالكاً يقول الأب يعتصر من ابنه الجارية ينحله إياها- وإن ولدت عند الابن، وكذلك الحيوان، ولم يبين أن كان ولد الجارية من زوج أو زنى، والظاهر أن ذلك عنده سواء، إذ لو افترق الأمر عنده لبينه، ولا بين أيضاً إن كان يعتصرها بولدها، أو دون الولد؛ فإن اعتصرها والولد من زوج، بقيت الزوجية بينهما،

لأنها عيب، والعيب لا يفيد الاعتصار في أحد الأقوال، وهذا الظاهر من مذهبه، والأظهر أن يتخذها دون ولدها، لأن الولد نماء حدث بماله، لأنه هو المنفق عليها وعليه أو الزوج- على الاختلاف في ذلك.

مسألة:

قال مالك في العبد يتصدق عليه فيأبى أن يقبل: أن لسيده أن يأخذ ذلك وإن أبى الذي تصدق به إذا قال إنما أردت العبد، أما إذا لم يقبل فلا أعطيك.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه- احفظه، لأن العبد لو قبل الصدقة، كان لسيده أن ينتزعها منه، فهو أحق بقبول ما تصدق به عليه، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم إذا قال الرجل: غلة حائطي لابني الصغير- وله ولد كبير- وخمسة أوسق منه لفلان، وكان الحائط في يديه يقوم عليه ويليه، ويخرج الخمسة الأوسق للأجنبي ثم يموت؛ قال أراها صدقة جائزة لابنه وللأجنبي؛ وإذا قال غلة الحائط لفلان وللمساكين وكان في يديه- يخرج الغلة للمساكين ولفلان، ثم يموت وهي في يَديه، لم يجز للمساكين ولا لفلان، وهو خلاف الأول.

قال الإمام القاضي: هذا بين على ما قاله من أن المسألتين مفترقتان، لأن العطية لا تصح إلا بالحيازة في صحة المعطي، وهو يحوز لابنه الصغير، فإذا قال غلة حائطي لابني الصغير، فله ثمرته ما عاش، وهو حبس عليه يحوزه له؛ وما استثناه منه لولده الكبير، وللأجنبي، فكأنه قد استثناه لنفسه فيجوز ذلك إن كانت الخمسة الأوسق ثلث غلة الحائط بعد نفقته، أو أقل؛ وأما إن كانت الخمسة الأوسق أكثر من ثلث غلة الحائط، فلا يجوز ذلك، وبطل إن لم يخرج الحائط من يديه حتى توفي، لأن من حبس على صغير وكبير فلم يحز الكبير، بطل نصيب الصغير؛ ولا اختلاف في هذا، وإنما يختلف في الهبة والصدقة حسبما مضى القول فيه في رسم الحج والزكاة من سماع أشهب من هذا الكتاب، وفي رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الحبس، وقد بين في هذه المسألة أنه جعل له غلة الحائط حياته بقوله فكان الحائط في يديه يقوم عليه ويليه، ويخرج الخمسة الأوسط منه للأجنبي؛ وأما من قال غلة حائطي لفلان ولم يقل حياته، فإن كان في وقت غلة الحائط، فليس له إلا غلة ذلك العام، بمنزلة من قال ثمر حائطي لفلان وفيه يومئذ ثمر، حسبما مضى في نوازل سحنون من كتاب الحبس.

مسألة:

وسألت ابن القاسم عن الرجل يتصدق على الرجل بالشيء- ويقول إن أردت بيعه، فأنا أحق به بالثمن؛ قال ليس هذه الصدقة بشيء؛ قلت له فإن طال مكثها في يدي صاحبها ثم أراد أن يقوم عليه، فيأخذ ذلك الشيء؛ قال سحنون وذكر ابن وهب عن مالك أنه لا باس بها، لأنه ليس ببيع.

قال محمد بن رشد: قوله ليست هذه الصدقة بشيء، - يريد فيكون الحكم فيها أن تبطل، إلا أن يرضى الواهب بإمضاء الهبة وإسقاط الشرط؛ وفي هذه المسألة أربعة أقوال، قد مضى تحصيلها في رسم إن خرجت من سماع عيسى، أحدها قول ابن القاسم هذا: إن الصدقة باطل، والثاني أن الصدقة جائزة والشرط لازم له ولورثته- إن أرادوا البيع؛ وقع هذا القول في المختصر لابن عبد الحكم. وهو قول مالك في رواية ابن وهب- هذه أنه لا باس بها، لأنه ليس ببيع؛ وقد مضى الكلام في البيع والإقالة على هذا الشرط في أول سماع أشهب من كتاب جامع البيوع، وفي سماع محمد بن خالد منه، ولم يقع لابن القاسم في هذه الرواية جواب فيما قاله عنه من قوله، قلت له: فإن طال مكثها في يدي صاحبها، ثم أراد أن يقوم عليه فيأخذ ذلك الشيء، لأنه أضرب عن ذلك وسكت عنه؛ فذكر سحنون متصلاً بذلك رواية ابن وهب عن مالك، والجواب في ذلك عند ابن القاسم على مذهبه في أن الصدقة ليست بشيء، وأنها باطل، - أن له أن يأخذ صدقته- وإن طال مكثها في يدي المتصدق عليه بعد قبضه لها، وبالله وبتوفيق.

من مسائل نوازل سئل عنها سحنون

وسئل سحنون عن رجل تصدق على أخيه بنصف ماله وهو مريض ليس مدنفاً من مرضه طويلاً دام به سنين يخرج في حوائجه ويقضيها، فقبض أخوه الصدقة وحازها سنين ثم إن الأخ المريض مات، فقام عليه ورثة المتصدق، فقالوا للمتصدق عليه إن هذا لا يجوز لك، لأنه تصدق عليك في المرض، فلا يجوز لك إلا الثلث، وقد سألنا عن ذلك الفقهاء فقالوا لنا إنه لا يجوز لك إلا الثلث، فدفع إليهم المتصدق عليه ما زاد على الثلث؛ ثم علم أن الصدقة كلها جائزة؛ فقال سحنون له: ومن يعلم أنك كنت جاهلاً لا تعلم أن الصدقة لك كلها، أنت تدفع إليه مالك وتبيعه له بعدما قد حزته وملكته؛ ثم قمت الآن تدَّعي الجهالة، ما أرى لك فيما دفعت إليه حقاً؛ فقال له السائل أنا أقيم البينة أنه قد قال أن هذه الصدقة- لا يجوز لك منها إلا الثلث، وقد سألت عن ذلك الفقهاء وأخبروني بذلك، فقال له إن أقمت البينة على هذا، فأري لك أن ترجع

عليه بما أخذ منك.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة فيها ثلاثة أقوال، قد مضى تحصيلها في رسم أوصى من سماع عيسى، فلا معنى لإعادته.

مسألة:

قيل لسحنون: أرأيت لو أن رجلاً تصدق على رجل بعبد على ألا يبيعه ولا يهبه سنة، ثم هو له من بعد السنة بتل يصنع به ما شاء؛ فقال أراه جائزاً، وله أن يبيعه ويصنع به ما شاء الساعة.

قال محمد بن رشد: قول سحنون في هذه المسألة أن الصدقة جائزة والشرط باطل، خلاف قوله في رسم إن خرجت من سماع عيسى في الذي يتصدق على رجل بصدقة على ألا يبيع ولا يهب، أنها حبس، والذي يأتي في هذه المسألة على قوله في تلك، أن يكون حكمه حكم من أخدَم رجلا عبده سنة، ثم هو له بعد السنة، فيخدمه في هذه السنة على ملك المتصدق به، ثم يكون له بعد السنة بتل؛ فتكون الجناية إن جنى عليه في هذه السنة لصاحبها الذي تصدق به، ويتخرج في المسألة أيضاً ثلاثة أقوال سوى هذين القولين، أحدها أن الصدقة جائزة والشرط لازم، فيخدُمه في هذه السنة على ملك نفسه، فإن جنى عليه كانت له جنايته، والثاني أن الهبة باطل، إلا أن يبطل سيده الشرط ويمضي الصدقة؛ فإن مات السيد قبل أن يمضي الصدقة بطلت، وكذلك إن انقضت السنة قبل أن يمضيها، والثالث أن المتصدق يخير بين أن يبطل الشرط ويمضي الصدقة أو يردها، فإن مات قبل السنة نزل ورثته في التخيير في ذلك منزلته، وإن انقضت السنة مضت الصدقة ولم يكن له ولا لورثته في ردها خيار، وقد مضى مما يدل على ما ذكرناه في آخر سماع سحنون قبل هذا، وفي رسم إن خرجت من سماع عيسى، لأن الوجه في ذلك متقارب في المعنى، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال سحنون إذا وهب الرجل لابنه هبة يريد بها الصلة، فإنه لا يجوز له اعتصارها منه، كان الابن صغيراً في حجره، أو كبيراً بائناً منه؛ والهبة للصلة مثل الصدقة، ولا يجوز له اعتصارها، وذلك أن تكون ابنته الكبيرة أو ابنه الكبير يكون ضعيفاً يخاف عليهما الخصاصة فيصلهما نظراً منه لهما، وكذلك إذا وهب لصغير نظراً منه له، لما يخاف عليه من الخصاصة؛ وإنما يعتصر الأب هبته وعطيته من الابن إذا كان الابن في حجره وله مال كثير، أو البائن منه وله المال كثير، وليس يريد بذلك صلته، فذلك الذي

يعتصره.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن الصدقة لا تعتصر، لقول النبي- عليه السلام- "العائد في صدقته، كالكلب يعود في قيئه[١]". وقوله لعمر بن الخطاب في الفرس الذي كان حمل عليه في سبيل الله: " لا تشتره[٢] وإن أعطاكه بدرهم، فإن العائد في صدقته، كالكلب يعود[٣] في قيئه". والهبة على سبيل الصدقة لمن كان قليل ذات

(١) أخرجه البخاري (١٤٠٢)، وأخرجه مسلم (٣٠٥٦)، وأخرجه الترمذي (١٢١٦)، وأخرجه أبو داود (٣٠٧٥)، وأخرجه النسائي في سننه (٣٦٥٢)، وأخرجه ابن ماجه (٢٣٧٨)، وأخرجه مالك في الموطأ (٦١٧)، وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٠٣)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٢٣١)، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢٢٣٥)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٢٣٨٣)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٦١٧)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧٠٥٤)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٣٢٢)، وأخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده (٤٣٢)، وأخرجه الطبراني في مسنده (١٨٩٠)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٦٠٥١)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢١١٠٧)، وأخرجه الطبراني في المعجم الصغير (١٠٥٣)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٣٨٤٨)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٠٥٦٤)، وأخرجه مالك في المدونة الكبرى (٦٠٥)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢٢٠٢).

(٢) أخرجه محمد بن إسماعيل البخاري في صحيحه حديث رقم: ٢٧٦٤، وأخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث رقم: ٣٠٥٣، وأخرجه النسائي في سننه حديث رقم: ٢٥٨١، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ٦١٧، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ١٦٤، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى حديث رقم: ٢٣٨٣، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ٧٠٥٢، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٢٠٦٧، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ٥٥٩، وأخرجه الشافعي في السنن المأثورة رواية المزني حديث رقم: ٣٦٣، وأخرجه أبو داود الطيالسي في مسنده حديث رقم: ٤٥، وأخرجه عبد الله بن الزبير الحميدي في مسنده حديث رقم: ١٧، وأخرجه أبو بكر البزار في البحر الزخار بمسند البزار حديث رقم: ٢٧٧، وأخرجه أبو يعلى الموصلي في مسنده حديث رقم: ٥٧٩٣، وأخرجه سليمان بن أحمد الطبراني في مسنده حديث رقم: ٢٩٠٨، وأخرجه الحسن بن علي الجوهري في مسنده حديث رقم: ٢٣٦، وأخرجه سليمان بن أحمد الطبراني في المعجم الأوسط حديث رقم: ٢٨٧٣.

(٣) أخرجه محمد بن إسماعيل البخاري في صحيحه حديث رقم: ٢٤٤٣، وأخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث رقم: ٣٠٥٢، وأخرجه محمد بن عيسى الترمذي في جامع الترمذي حديث رقم: ١٢١٦، وأخرجه النسائي في سننه حديث رقم: ٢٥٨١، وأخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٢٣٧٩، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث =

اليد- مخافة الخصاصة. كالصدقة، فلها حكم الصدقة في أنها لا تعتصر- وإن سماها هبة، وإنما أجيز للأب فيما تصدق به على ابنه أن يكتسي من صوف الغنم، ويشرب من ألبانها، ويأكل من لحومها- إذا تصدق بها عليه، وأن يأكل من ثمر النخل إذا تصدق بها عليه- حسبما مضى في رسم نذر من سماع ابن القاسم، وأجاز في رسم سلعة سماها منه للأب- إن يشتري ما تصدق به على ابنه، وذلك كله بخلاف الأجنبي للشبهة التي له في مال ابنه، لقوله- عليه السلام-: - " أنت ومالك[1] لأبيك"، وقد مضى هناك تحصيل

=

رقم: ٦١٧، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ٢٧٥، وأخرجه أبو حاتم بن حبان في صحيحه حديث رقم: ٥٢٣٥، وأخرجه أبو عوانة الإسفرائيني في مسنده حديث رقم: ٢١٠٧، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى حديث رقم: ٦٣٠٦، وأخرجه الدارقطني في سننه حديث رقم: ٢٦١٧، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١١١١٠، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٢٠٦٨، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ٥٥٩، وأخرجه الشافعي في السنن المأثورة رواية المزني حديث رقم: ٣٦٥، وأخرجه عبد الله بن الزبير الحميدي في مسنده حديث رقم: ٥١٥، وأخرجه أبو بكر البزار في البحر الزخار بمسند البزار حديث رقم: ٢٧٧، وأخرجه أبو بكر البزار في البحر الزخار حديث رقم: ٥٦٥، وأخرجه أبو يعلى الموصلي في مسنده حديث رقم: ٢٣٧٧، وأخرجه البوصيري في إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة حديث رقم: ٢٣٩٥، وأخرجه الحسن بن علي الجوهري في مسنده حديث رقم: ٢٣٦، وأخرجه الشهاب القضاعي في الشهاب في الحكم والآداب حديث رقم: ٢٧٨، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه حديث رقم: ١٦٠٤٧، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حديث رقم: ٢١١٠٧، وأخرجه سليمان بن أحمد الطبراني في المعجم الكبير حديث رقم: ١٠٧٦٠.

(١) أخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٣٠٦٧، وأخرجه ابن ماجه القزويني في سننه حديث رقم: ٢٢٨٣، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ٦٥٠٢، وأخرجه أبو حاتم بن حبان في صحيحه حديث رقم: ٤٣٥١، وأخرجه أبو عوانة الإسفرائيني في مسنده حديث رقم: ٣٦٣٩، وأخرجه الضياء المقدسي في الأحاديث المختارة حديث رقم: ٢٥٤١، وأخرجه سعيد بن منصور في سننه حديث رقم: ٢١٣١، وأخرجه ابن الجارود النيسابوري في المنتقى من السنن المسندة حديث رقم: ٩٧٩، وأخرجه البيهقي في السنن الصغير حديث رقم: ١٣٣٨، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم١٤٤٨٣ :، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٤١٩٤، وأخرجه الشافعي في مسنده حديث رقم: ٩٠٩، وأخرجه أبو بكر البزار في البحر الزخار بمسند البزار حديث رقم: ٣٠٥، وأخرجه أبو بكر البزار في البحر الزخار حديث رقم: ٤٥٥، وأخرجه أبو يعلى الموصلي في مسنده حديث رقم: ٥٦٨٣، وأخرجه ابن حجر العسقلاني في المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية حديث رقم: ١٥٥٧، وأخرجه

=

القول فيما يجوز للأب والأجنبي فيما تصدقا به من الرجوع في الأصل أو الغلة بشراء أو عطية من المتصدق عليه أو من غيره مستوفى، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن الماجشون كل من وهب لولده هبة لله أو لوجه الله، أو لطلب الأجر والثواب من الله، أو لصلة قرابة أو رحم، لا يعتصرها أبداً، وإنما تجوز العصرة إذا وهب أو نحل نحلة مرسلة لم يقل لصلة رحم، ولا لوجه الله، ولا على وجه طلب الأجران الله، فإن هذا يعتصر، قال أصبغ مثله.

قال محمد بن رشد: قول ابن الماجشون هذا مثل ظاهر قول عمر بن الخطاب في المدونة من وهب هبة لصلة رحم، أو على وجه الصدقة، فإنه لا يرجع فيها، ونحوه في مختصر ابن عبد الحكم! وقال مطرف إذا وهب لولده على وجه الصلة، أو لوجه الله، كان له أن يعتصرها أبداً- حتى يسميها صدقة، فإذا سماها صدقة لم يجز له أن يعتصرها، والقول الأول أظهر؛ لأن الشيء الموهوب قد خرج عن ملك الواهب بالهبة، فلا يكون له الاعتصار إلا بيقين، وهو أن لا يقول لله، أو لوجه الله، أو لطلب الأجر والثواب من الله؛ لأنه إذا قال ذلك، احتمل إن يريد به الصدقة، لأن الأصل في الصدقات ما كان القصد به وجه الله عزْ وجل، وابتغاء الثواب من عنده، لا عين المتصدق عليه؛ والهبة ما كان القصد به عين الموهوب له مع إرادة الثواب على ذلك من الله عزْ وجل؛ فإذا قال في هبته حقه، أو لوجه الله، دل على أن ذلك هو به قصده بهبته لا عين الموهوب له، فكانت في معنى الصدقة؛ ووجه قول مطرف أن الهبة وإن كان يقصد بها بعين الموهوب له، فالثواب مبتغى فيها أيضاً، فلا تخرج الهبة عن حكمها في الاعتصار إلى حكيم الصدقة بقوله فيها لوجه الله حتى يسميها

=

البوصيري في إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة حديث رقم: ٢١١١، وأخرجه سليمان بن أحمد الطبراني في مسنده حديث رقم: ٢٤٣٩، وأخرجه أبو حنيفة في مسنده حديث رقم: ٤٤٣، وأخرجه الأمير سنجر في مسند الإمام الشافعي حديث رقم: ٧٦٥، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه حديث رقم: ١٦١٣١، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حديث رقم: ٢٢٠٩٥، وأخرجه سليمان بن أحمد الطبراني في المعجم الصغير حديث رقم: ٢، وأخرجه سليمان بن أحمد الطبراني في المعجم الأوسط حديث رقم: ٥٧، وأخرجه سليمان بن أحمد الطبراني في المعجم الكبير حديث رقم: ٩٨٨٣.

صدقة، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال سحنون في امرأة تصدقت في صحتها بأكثر من ثلثها، فلم يعلم الزوج بصدقتها حتى ماتت، ثم علم الزوج بعد الموت فقال: أنا أرد ذلك، لأني أرثه؛ قال ذلك له أن يرده؛ فقال له: يرده كله؛ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: مثل هذا في الواضحة لمطرف، وابن الماجشون، ولابن القاسم من رواية أصبغ عنه أن ذلك نافذ، ولا رد للزوج فيه بعد موتها؛ وهذا الاختلاف على القول بأن فعلها محمول على الإجازة، فمن راعى المعنى- وهو أنه إنما كان للزوج أن يرد فعلها فيما زاد على الثلث- ما دامت العصمة بينهما، من أجل ما له من الحقّ في مالها؛ قال: إن له أن يرده بعد موتها، لأن حقه في مالها لا ينقطع بموتها، بل يجب بوجوب الميراث له فيه؛ ومن لم يراع المعنى، قال ليس له أن يرده بعد موتها، إذ ليست بزوجة له، لانقطاع العصمة بينهما بموتها، والقول الأول أظهر، لأن الأحكام إنما هي للمعاني لا للأسماء. وأما على القول بأن فعلها فيما زاد على الثلث على الرد حتى يجيزه، فلا يحتاج بعد موتها إلى رده؛ وقد مضى بقية القول على هذه المسألة وما يتعلق بها من معناها في رسم الكبش من سماع يحيى، فلا معنى لإعادته.

مسألة:

قال سحنون: وسألت ابن القاسم عن الرجل يستودع الرجل الوديعة ثم يتصدق بها على رجل يقول: اشهدوا أني قد تصدقت بالوديعة التي عند فلان على فلان، ولا يكون منه أكثر من ذلك، ولم يأمره بأن يقبض له، ثم مات؛ قال: إن علم المستودع أنه تصدق بذلك، فأراها للمتصدق عليه؛ وإن لم يعلم، فلا أرى للمتصدق عليه شيئاً؛ قلت: من أي- وجه؟ قال: من قبل أنه إذا علم أنه تصدق بما في يديه على رجل، فقد صار قابضاً للمتصدق عليه حتى لو أراد صاحب الوديعة أخذها، لكان ينبغي للمستودع أن يدفعها إليه، فإن دفعها ضمنها.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة متكررة في سماع سحنون من كتاب الوديعة، وقد مضى الكلام عليها هناك مستوفى، ومضى أيضاً طرف منه في رسم العشور من سماع عيسى من هذا الكتاب، فلا معنى لإعادة ذلك.

مسألة:

وسئل سحنون عن رجل مرض فتصدق على امرأته بمائة دينار في مرضه، فقبضتها

وحازتها، ثم إن المرأة مرضت فتوفيت قبل زوجها؛ فهل ترى لها الصدقة جائزة أو لا، والثلث واسع؟ قال: إن حملها الثلث فهي جائزة لورثة المرأة، ويقضي منها دينها- إن كان عليها دين.

قال محمد بن رشد: مثل هذا من قول ابن القاسم في آخر رسم الجواب من سماع عيسى: إن ذلك يكون لورثتها من ثلثه بعد موته وإن لم تقبضها في حياته فعلى هذا لم يحكم لها بحكم الوصية، وقد قيل إنها يحكم لها بحكم الوصية، فيختلف من هذه المسألة على هذين القولين في خمسة مواضع قد ذكرناها في رسم الجواب المذكور، فلا معنى لإعادته.

مسألة:

وسئل سحنون عن الرجل إذا أعطى رجلاً غلة كرمه يستغلها، أو سكنى داره، ثم تصدّق به على ابن له صغير، فقلتم إنه إذا كان ذلك الشيء في يد المسكن، أو المعطى- يوم تصدق على ابنه بذلك الشيء؛ إن كون تلك الأشياء في يد المسكن أو الممنوح قبض للمتصدق عليه، فكيف يكون قبضه قبضاً للمتصدق عليه، أيقول للذي منح غلة الكرم وسكنى الدار: إني قد قبضت له، أو قد حزت له، أو يشهد المتصدق به أن فلاناً الذي في يديه ذلك الشيء قد استخلفته على القبض لابني، وقد قبض ذلك؛ فقال: إن ذلك لحسن، وقوة الصدقة أن يشهد بذلك عليه لابنه هو والذي في يديه؛ وإن لم يشهد بذلك واحد منهما، ولم يقل شيئاً، فهي حيازة للمتصدق عليه، وإن أحب أن يمنح الأرض وغلة الكرم وسكنى الدار، ثم الصداقة في فور واحد، أن يقول أشهدكم أن سكنى هذه الدار، وغلة هذا الكرم والأرض لفلان عشر سنين فإذا انقضت العشر سنين فهي لفلان صدقة؛ وذلك أن أصحابنا اختلفوا فيها؛ وإن لم يكن الأمر في فور واحد، جازت الصدقة، إلا أنه أقوى عندي أن يكون في فور واحد، لاختلاف أصحابنا فيه.

قال محمد بن رشد: أما إذا سكن الدار، أو أخدَم العبد، أو منح الأرض- وتصدق بالأصل في فور واحد، فلا اختلاف في أن قبض المسكن أو المخدم أو الممنوح قبض للمتصدق عليه بالأصل، لأن المسكن والمخدم والممنوح إنما يرتفقون بما أرفقوا من ذلك على ملك المتصدق عيه، لا على ذلك المتصدق، إذ قد سقط حقه من جميع ذلك؛ وأما إذا تقدم الإسكان في الدار والاختدام في العبد، والمنحة في الأرض، وما أشبه ذلك للصدقة، فاختلف هل يكون قبض المسكن والمخدم والممنوح قبضاً للمتصدق عليه أم لا- على قولين، أحدهما أنه يكون قبضا- وهو قوله في المدونة.

والثاني أنه لا يكون قبضاً له، فما في المدونة على قياس القول بأن المخدم يختدم العبد من يوم الصدقة على ملك المتصدق عليه لا على ملك المتصدق؛ وكذلك المسكن والممنوح. والقول الثاني على أنه إنما يختتم ويسكن ويستغل على ملك المتصدق، فلو جنى على العبد جناية، لكان الإرث على ما في المدونة للمتصدق عليه، وعلى القول بأنه لا يكون حائزاً له للمتصدق، وقد مضى هذا المعنى في رسم الكبش من سماع يحيى، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل سحنون هل يجوز للرجل أن يشتري كسر السؤال، فقال: نعم، قيل له ولم، وقد جاء الحديث إنما هي أوساخ الناس[1]؟ فقال ألا ترى إلى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال: "إنها صدقة على بريرة وهي لنا هدية"[2].

---

(١) أخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث رقم: ١٧٩١، وأخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٢٥٩٦، وأخرجه النسائي في سننه حديث رقم: ٢٥٧٥، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ١٨٢٢، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ١٥٠٢٤، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه حديث رقم: ٢١٩٣، وأخرجه أبو حاتم بن حبان في صحيحه حديث رقم: ٤٦٢٤، وأخرجه الحاكم النيسابوري في المستدرك على الصحيحين حديث رقم: ٦٠٦٠، وأخرجه أبو عوانة الإسفرائيني في مسنده حديث رقم: ٢٠٨٧، وأخرجه أبو نعيم الأصبهاني في المسند المستخرج على صحيح مسلم حديث رقم: ٢١٧٥، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى حديث رقم: ٢٣٧٦، وأخرجه ابن الجارود النيسابوري في المنتقى من السنن المسندة حديث رقم: ١٠٩٩، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٢٢٥٥، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٨٩٣، وأخرجه أبو داود الطيالسي في مسنده حديث رقم: ١٤٠١، وأخرجه ابن أبي شيبة في مسنده حديث رقم: ٩٢١، وأخرجه سليمان بن أحمد الطبراني في المعجم الكبير حديث رقم: ٤٤٣٢.

(٢) أخرجه البخاري (٤٨٩٩)، وأخرجه مسلم (١٧٩٤)، وأخرجه أبو داود (١٤١٤)، وأخرجه النسائي في سننه (٣٤١٧)، وأخرجه الدارمي في سننه (٢٢١٧)، وأخرجه مالك في الموطأ (١١٥٨)، وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤٨٨٤)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٢٣٠)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٦٣٦٨)، وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٢٠٢)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٥١٧)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١١١٣٨)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٣٢٨)، وأخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده (١٣٧٣)، وأخرجه الطبراني في المعجم الصغير (٤٨٢)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٣٨٨٩)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١١٥٨٨)، وأخرجه الشافعي في الأم (٩٨٣)، وأخرجه البغوي في شرح السنة =

قال محمد بن رشد: لا إشكال في جواز شراء كسر السؤال إذ اختلف بين أهل العلم في أنه يجوز للمسكين بيع ما تصدق به عليه، من الزكاة وغيرها من غير الذي تصدق بها عليه وإن يهبه ويتصدق ويفعل به ما يفعل ذو الملك في ملكه، والأصل في جواز ذلك قول النبي- عليه السلام-: لا تحل الصدقة لغني، إلا لخمسة: لغاز في سبيل الله، أو العامل عليها، أو لغارم، أو لرجل اشتراها بماله، أو رجل له جار مسكين فتصدق على المسكين فأهدى المسكين لغني. فقول النبي عليه السلام في هذا الحديث أو رجل اشتراها بماله[1] نصف عله جواري شراء كسر سؤال وغيرها من الصدقات من الذي تصدق بها عليه إذا لم يكن هو الذي تصدق بها لقول النبي عليه السلام لعمر بن الخطاب في الفرس الذي حمل عليه في سبيل الله: لا تشتره[2] وإن أعطاكه بدرهم. فإن العائد في صدقته، كالكلب يعود في قيئه، فالاستدلال بهذا الحديث على ما سأل عنه

=

(١٦٠٨)، وأخرجه ابن حزم في المحلى بالآثار (١٠١٨).

(١) أخرجه أبو داود (١٣٩٦)، وأخرجه ابن ماجه (١٨٣١)، وأخرجه مالك في الموطأ (٥٩٨)، وأخرجه أحمد في مسنده (١١٣٢٦)، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٢٢١٨)، وأخرجه الدارقطني في سننه (١٧٦٣)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٢١٨٦)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٥٣٤)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٠٤٤٩)، وأخرجه الشافعي في الأم (٦٠٤)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (١٦٠١)، وأخرجه ابن حزم في المحلى بالآثار (١٠٢٠).

(٢) أخرجه محمد بن إسماعيل البخاري في صحيحه حديث رقم: ٢٧٦٤، وأخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث رقم: ٣٠٥٣، وأخرجه النسائي في سننه حديث رقم: ٢٥٨١، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ٦١٧، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ١٦٤، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى حديث رقم: ٢٣٨٣، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ٧٠٥٢، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٢٠٦٧، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك برواية مصعب الزهري حديث رقم: ٥٥٩، وأخرجه الشافعي في السنن المأثورة رواية المزني حديث رقم: ٣٦٣، وأخرجه أبو داود الطيالسي في مسنده حديث رقم: ٤٥، وأخرجه عبد الله بن الزبير الحميدي في مسنده حديث رقم: ١٧، وأخرجه أبو بكر البزار في البحر الزخار بمسند البزار حديث رقم: ٢٧٧، وأخرجه أبو يعلى الموصلي في مسنده حديث رقم: ٥٧٩٣، وأخرجه سليمان بن أحمد الطبراني في مسنده حديث رقم: ٢٩٠٨، وأخرجه الحسن بن علي الجوهري في مسنده حديث رقم: ٢٣٦، وأخرجه سليمان بن أحمد الطبراني في المعجم الأوسط حديث رقم: ٢٨٧٣.

السائل من شراء كسر السؤال أولى من الاحتجاج بحديث بريرة الذي احتج به سحنون وإن كانت الحجة به صحيحة، والاستدلال به ظاهر؛ لأنه إذا كان لنبي- عليه السلام- أن يأكل الصدقة المحرمة عليه، فانتقالها إليه من عند الذي تصدق بها عليه بالهدية، جاز للغني أن يأكل الصدقة المحرمة عليه بانتقالها إليه أيضاً من عند الذي تصدق به عليه بالشراء، أو بسائر الأشياء التي تنتقل بها الأملاك عن ملاكها! ولما اعترض عليه السائل فقال له: ولم أجزت للرجل شراء كسر السؤال- وقد جاء الحديث إنما هي أوساخ الناس، لم يرد عليه اعتراضه، وعارضه بالحديث الذي نزع به، فصار في ظاهر أمره مسلماً لاعتراضه، وكان الوجه أن يرد عليه إعتراضه ويبطله ولا يعارضه، بأن يقول له ليس هذا موضع الحديث الذي اعترضت به، لأنه إنما جاء في تحريم النبي عليه السلام الصدقة على أنه أن يأخذوها ممن وجبت عليهم تطهيراً لأموالهم، فقال لا تحل الصدقة لآل محمد، إنما هي أوساخ الناس[1] يغسلونها عنهم، وأما أخذها من غير الذي ظهر بها ماله بوجه، يجوز من شراء أو عطية، فذلك جائز لأنها ليست بأوساخ في هذا الموضع، وبالله التوفيق.

من سماع محمد بن خالد، وسؤاله ابن القاسم

قال محمد بن خالد: قلت لابن القاسم فالرجل يتصدق بالعبد على الرجل فيعتقه المتصدق من قبل أن يقبضه المتصدق عليه، فقال ابن القاسم: أرى عتقه ماضياً، ولا

---

(١) أخرجه مسلم بن الحجاج في صحيحه حديث رقم: ١٧٩١، وأخرجه أبو داود السجستاني في سننه حديث رقم: ٢٥٩٦، وأخرجه النسائي في سننه حديث رقم: ٢٥٧٥، وأخرجه مالك بن أنس في موطأ مالك رواية يحيى الليثي حديث رقم: ١٨٢٢، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده حديث رقم: ١٥٠٢٤، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه حديث رقم: ٢١٩٣، وأخرجه أبو حاتم بن حبان في صحيحه حديث رقم: ٤٦٢٤، وأخرجه الحاكم النيسابوري في المستدرك على الصحيحين حديث رقم: ٦٠٦٠، وأخرجه أبو عوانة الإسفرائيني في مسنده حديث رقم: ٢٠٨٧، وأخرجه أبو نعيم الأصبهاني في المسند المستخرج على صحيح مسلم حديث رقم: ٢١٧٥، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى حديث رقم: ٢٣٧٦، وأخرجه ابن الجارود النيسابوري في المنتقى من السنن المسندة حديث رقم: ١٠٩٩، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم: ١٢٢٥٥، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار حديث رقم: ٨٩٣، وأخرجه أبو داود الطيالسي في مسنده حديث رقم: ١٤٠١، وأخرجه ابن أبي شيبة في مسنده حديث رقم: ٩٢١، وأخرجه سليمان بن أحمد الطبراني في المعجم الكبير حديث رقم: ٤٤٣٢.

شيء للمتصدق عليه؛ قال: قلت لابن القاسم: فلو كانت جارية فوطئها فحملت منه؟ فقال ابن القاسم هي أم ولد له، قلت لابن القاسم ولا تؤخذ منه قيمتها للمتصدق عليه، فقال ابن القاسم لعل ذلك أن يكون.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي تصدق بالعبد ثم أعتقه أن العتق أولى من الصدقة، هو قوله وروايته عن مالك في العتق الثاني من المدونة، زاد فيها: وسواء علم المتصدق عليه بالصدقة أو لم يعلم، وقال المخزومي: هذا إذا كان إشهاده بالصدقة وبين ما أحدث من العتق، ما لو علم المتصدق عليه بالصدقة بطلب الحوز، أمكنه ذلك؛ وأما إن لم يكن بين اشهاده على الصدقة وبين ما أحدثه من العتق قدر ما يمكن فيه الحوز، لو علم، فالصدقة ماضية، ويبطل العتق؛ وقول المخزومي عندي خلاف مذهب ابن القاسم، إذ لا فرق في القياس بين أن لا يعلم وبين ألا يكون بين الصدقة والعتق ما يمكن فيه الحوز لو علم، فقول ابن القاسم أظهر، لأنه إنما رأى العتق أولى من الصدقة بكل حال، مراعاة لقول من يقول إن للمتصدق أن يرجع في صدقته ما لم تحز عنه ويقبضها المتصدق علم منه، فهو استحسان في العتق لحرمته؛ والذي يأتي على مذهب مالك في أن الصدقة تجب على المتصدق ويحكم عليه بها وإن لم تقبض منه، أن تصح الصدقة ويبطل العتق، وهو قول ابن القاسم في سماع عبد الملك بن الحسن؛ ويحتمل أن يكون قول ابن وهب، إذ لم ينص في الرواية على اسم واحد منهما، وإنما قال فيها وسئل بعْد أن تقدم ذكرهما جميعاً، ولا وجه لتفرقة المخزومي بين ألا يكون بين الصدقة والعتق من المدة ما يمكن فيه الحوز، وبين أن يكون بينهما ما يمكن فيه الحوز، فلا يعلم، لأنه إذا لم يعلم فلم يمكنه الحوز؛ والصحيح في هذه المسألة على ترك مراعاة قول أهل العراق، أن تكون الصدقة أولى من العتق، إلا أن يكون المتصدق عليه علم بصدقته ففرط في الحوز، حتى أحدث المتصدق العتق؛ فيتحصل على هذا في المسألة أربعة أقوال، أحدها: أن العتق أولى على كل حال وهو مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك، والثاني: أن الصدقة أولى على كل حال، وهو الذي يأتي في سماع عبد المالك. والثالث: قول المخزومي أن العتق أولى على كل حال إلا أن يكون بين الصدقة والعتق ما يمكن فيه الحوز من المدة. والرابع: ما أحدثه من أن تكون الصدقة أولى من العتق إلا أن يكون المتصدق عليه علم بصدقته ففرط في الحوز حتى أحدث المتصدق العتق، وسيأتي في سماع عبد الملك، إذا قال الرجل في عبده نصفه صدقة على فلان، ونصفه حرّ، ونتكلم على تحصيل القول في ذلك إن شاء

الله. ويأتي في أول سماع أصبغ الواقع في آخر الكتاب إذا تصدق به ثم باعه فنتكلم عليه إن شاء الله؛ وأما إذا تصدق بجاريته على رجل ثم أحبلها قبل أن يقبضها المتصدق عليه، فيجري الأمر في ذلك على قياس ما تقدم في العتق في الوجوه كلها- حيثما كانت الصدقة أولى من العتق، كان للمتصدق عليه أن يأخذ الجارية وقيمة ولدها، أو قيمتها يوم أحبلها دون قيمة ولدها على اختلاف قول مالك المعلوم في ذلك، وحيثما كان العتق، أولى من الصدقة كانت أم ولد للمتصدق بها؛ واختلف هل تكون عليه قيمتها للمتصدق عليه بها أم لا فقال في هذه الرواية لعل ذلك أن يكون؛ وقال في سماع أصبغ الواقع في آخر الكتاب: ذلك بمنزلة العتق، وهو قول أصبغ؛ وقال ابن وهب في سماع عبد الملك بعد هذا، أن عليه القيمة للمتصدق عليه وهو الصحيح، لأنه أفاتها عليه باستمتاعه بوطئها، وله الاستمتاع بها فيما يستقبل، فلا يبطل حقّ المتصدق عليه بها- وهو يستمتع بها، ولو باعه المتصدق عليه فلم يقبض ذلك المشتري حتى مات المتصدق- والصدقة بيده، فقال مطرف وابن الماجشون وابن حبيب وعيسى بن دينار البيع حوز، وهي جائزة المبتاع، وقالَ أصبغ ليس البيع بحوز، وفي كتاب العيوب من المدونة دليل على القولين جميعاً؛ قال مطرف وكذلك لو وهبه، وقال ابن الماجشون لا تكون الهبة حوزاً، لأنها تحتاج إلى حوز، ولا يحتاج العتق والبيع إلى حوز؛ وقال أصبغ: لا تكون حوزاً، إلا في العتق وحده.

من سماع عبد الملك بن الحسن من ابن القاسم

قال: وأخبرني عبد الملك بن الحسن عن عبد الرحمن بن القاسم أنه سئل عن رجل أعطى رجلاً قرية أو دوراً أو غلاماً عطايا حازها المعطَى وقبضها، غير أنه شرط عليه في عطيته شرطاً وكتب عليه به كتاباً إن مات المعطي قبل المعطَى، فالعطية مَاضية للمعطَى، وإن مات المعطَى قبل المعطي رجع المال إلى المعطي وكان أولى بماله ولم يكن فيها موروثاً لورثة المعطَى، فعلى هذا أعطى، وبه كتب عليه وأشهد. فمات المعطي وبقي المعطَى والمال بيده؛ فهل تكون للمعطَى؟ أو كيف يكون أمرها- وكان المعطى خصماً؟ قال ابن القاسم: أراها من الثلث بعد موت المعطي إذا هلك قبل المعطَى وهو قول مالك أو ما أشبهه.

قال محمد بن رشد: قد تكررت هذه المسألة ومضى القول فيها مستوفى في أول سماع يحيى، فلا معنى لإعادته.

مسألة:

قال عبد الملك بن عبد العزيز بن أبي سلمة فيمن كان له ولدان فأعمر أحدهما داره جعلها له سكنى حياته، فمات الأب وقد قبضها الولد وحازها؛ قال يكون نصف الدار له بميراثه يصنعُ به ما شاء إن شاء باع، وإن شاء حبس، ويسكن النصف الآخر على ما عاش، فإذا مات، صار إلى أخيه أو إلى ورثته إن مات أخوه، وقال أصبغ بن الفرج مثله.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة لا اختلاف فيها، ولا إشكال في شيء من معانيها، على مذهب مالك في أن العمرة ترجع إلى المعمر إذا مات المعمر؛ والخلاف فيها خارج عن المذهب، قيل إنه تكون للمعمر ملكاً وإن لم تكن معقبة، وقيل إنه إنما تكون له ملكاً إذا كانت معقبة، للآثار الوارَدة في ذلك عن النبي عليه السلام، ولم يأخذ بها مالك لمخالفة العمل بها على، أصله في أن العمل المتصل بالمدينة مقدم على أخبار الآحاد، لا سيما إذا خالفت الأصول كهذه، وقيل إنه لم يخالفها وإنما تأولها على مذهبه، والأول أظهر، والله أعلم.

مسألة:

قال: وسألت عبد الله بن وهب عن الرجل يتصدق على ابن ابنه برأس وهو صغير وأبو ابن ابنه المتصدق عليه، فيوكل الجد وكيلاً يحوز لابن ابنه ذلك الرأس، فعمد ذلك الوكيل إلى ذلك الرأس فكاتبه إلى أعوام بكتابة منتقضة أو غير منتقضة، ثم يقيم الرأس في خدمة المتصدق يختدمه بحال ما كان قبل الصدقة إلا أن ابن ابنه الذي تصدق به عليه يكون معهم طعامهم واحد، ومنامهم واحد، وذلك الرأس يخدمهما جميعاً- حتى مات الجد المتصدق، فقام ورثة الجد إلى الرأس فأخذوه وقالوا للغلام الذي تصدق عليه به إنه لم يحزه حائز، وقال الغلام وأبوه، إن الذي كان وكل بالنظر له والحوز عليه، قد كاتب عليه ذلك الرأس وكان في الكتابة أن يخدم المتصدق عليه حتى يؤدي كتابته؛ فهل يكون هذا حوزاً للذي تصدق به عليه ولم يؤد المكاتب من كتابته شيئاً حتى هلك المتصدق به؛ قال سواء كانت الكتابة منتقضة أو غير منتقضة - إذا كان العبد إنما ترك ثبت في ناحية الجد المتصدق لمكان ابن ابن الابن المتصدق عليه وخدمته، فهو يقوم بخدمته والقيام عليه، فلا يضره إن خدم الجد المتصدق أحياناً بعد أن يكون قد أخرجه من يده حين تصدق به إلى هذا الرجل يحوزه مُكاتبه على وجه النظر، وهو يرى أنه يحوزله، فهو إن كانت كتابته جائزة فإنما إقامته تطوع، وخدمته وإن

كانت ليست بكتابة للشرط الذي اشترطه عليه في الخدمة مع أنها ليست بكتابة أصلاً، وإنما رده على الخدمة للصبي لحاجته إليه؛ فأراها صدقة ماضية له، ليس لورثة الجد فيه قليل ولا كثير. وقال أشهب، نعم هو حوز له ولم يكن يجوز للذي جعل العبد على يديه يحوزه للغلام أن يكاتبه إلا بإذن أبيه! فأما إذا أقرّ بذلك أبو الغلام ولم ينكره، فالكتابة جائزة بإقراره بها.

قال محمد بن رشد: قول ابن وهب هذا في الكتابة بشرط ألّا يخرج المكاتب عن خدمة سيده، أنها ليست بكتابة أصلاً، خلاف قول ابن القاسم في سماع أصبغ عنه من كتاب المكاتب أنها كتابة جائزة والشرط لازم؛ وقال أصبغ يسقط الشرط وتنفذ الكتابة؛ وأما قوله إن العبد إن كان ثبت في ناحية الجَد المتصدقَ لمكان ابن ابن المتصدق عليه وخدمته، فلا يضره أن خدم الجد المتصدق أحياناً، هو نحو ما في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من قول مالك، وقد مضى الكلام على ذلك هنالك- مستوفى وفي رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب: فلا معنى لإعادته.

مسألة:

قال: وسألت عبد الله بن وهب عن الرجل يتصدق على ابن له في حجره صغير أو بنت بكر في حجره بكتابة مكاتب له فيقتضي الأب الكتابة بعد ذلك وهي كتابة معروفة، ثم يهلك الأب بعد ذلك فيقوم ابنه أو ابنته المتصدق عليها بالكتابة تطلب تلك الكتابة في مال أبيها، فتقوم البينة على الصدقة، وعلى قبض الأب الكتابة بعد ذلك- ولا يدري الشهود ما فعل الأب بها؛ فهل تؤخذ من تركة الأب وتكون بمنزلة دين ثبت عليه، أم لا تكون الصدقة ماضية، إذا لم يضع ذلك له على يدي غيره قال: إن لم يكن إلا ما وصفت، فالصدقة باطلة، لا ينعقد منها شيء، وهي ميراث بين الورثة، لأن الذي ذكرت ليست بحيازة بينة ولا تامة ولا قبض معروف، فلا أرى ذلك شيئاً إن لم يكن إلا ما قصصت وقال أشهب: أراها ميراثاً ولا شيء للابن إذا لم يضع ذلك له على " يدي غيره، مثل قول ابن وهب.

قال محمد بن رشد: اتفق ابن وهب وأشهب في هذه الرواية على أن الرجل إذا وهب لابنه الصغير كتابة مكاتب له، لا يكون المكاتب حائزاً له ما عليه من الكتابة، وذلك على قياس ما في المدونة من قوله إن الكتابة ليست بدين ثابت، وإنما هي جنس من الغلة، وقد قيل إنها كالدين يكون المكاتب حائزاً لها عن سيده لابنه إذا وهبها له؛ وأما إذا كان للرجل دين على عبده من مبايعة أو سلف، فوهبه لابنه الصغير، فإنه يكون

حائزاً له كما لو كان الدين له على أجنبي فوهبه لابنه حسبما مضى في رسم الرطب واليابس من سماع ابن القاسم، لأن دين الرجل على عبده دين من الديون يحاص به الغرماء، وهو معنى ما في نوازل أصبغ على الصحيح من التمويل؛ وقد قال بعض المتأخرين إن الدين الذي للسيد على عبده كالكتابة في أنه لا يكون حائزاً لما عليه منه إذا وهبه السيد لابنه وهو بعيد، وأما ما بيد العبد لسيده، فهو بمنزلة ما بيد سيده إن وهبه السيد لابنه الصغير وهو عرض مما يحُوزه الأب لابنه إذا وهبه إياه، كان العبد حائزاً له؛ واختلف إذا تصدق الرجل على ابنه الصغير بما بيده من العروض التي تجوز حيازته لها إذا وهبها لابنه فجعلها بيد غيره؛ فقال ابن الماجشون أن ذلك لا يجوز، لأنه بمنزلة من قال لا أحوز لابني، ثم أبقاه بيده، والصحيح أن ذلك جائز، إلا أن تكون دنانير أو دراهم مما لا يحُوزها الأب لابنه إذا وهبه إياها، إلا أن يخرجها من يديه إلى غيره يحُوزها له وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل قال لابنه إن ضمنت عني الخمسين الدينار التي لفلان علي، فداري صدقة عليك، فضمن عنه، فقال لا صدقة له ولابنه إن شاء أن يرجع عن الضمان رجع.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله، لأن ذلك ليس بصدقة إنما هو بيع بضمان، وهي غرر لا يحل ولا يجوز، فالدار راجعة إلى الأب، والضمان ساقط عن الابن، إلا أن يشاء أن يلتزمه باختياره دون عوض، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عمن قال نصف غلامي صدقة على فلان ونصفه حرّ، قال يقوم كله ويعتق نصف قيمته يدفعها إلى المتصدق عليه.

قال القاضي: اختلف قول ابن القاسم في هذه المسألة على قولين، أحدهما: أنه يقوم عليه نصيب المتصدق عليه لتقدم الصدقة قبل العتق، لأنه لما تصدق ببعضه صار كالعبدين الشريكين يعتق أحدهما نصيبه، أنه يقوم عليه نصيب شريكه، وهو قوله في هذه الرواية وإحدى روايتي يحيى عنه في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب العتق، والقول الثاني أنه يعتق العبد كله ولا يكون للمتصدق عليه شيء، وهو القول الذي رجع إليه في رواية يحيى المذكورة قياساً على قول مالك في الذي يتصدق بالعبد على الرجل ثم يعتقه قبل أن يحوزه المتصدق عليه، أن العتق أولى به، ووجه القول

الأول هو ما ذكرناه من أنه لما بدأ بالصدقة صار المتصدق عليه شريكاً له فيه قبل أن يعتق منه حصته فوجب أن يقوم عليه كالعبدين الشريكين يعتق أحدهما نصيبه أنه يقوم عليه إن كان موسراً؛ وأما القول الثاني فإنما يتخرج على القول بأن الرجل إذا أعتق بعض عبده يكون حراً كله بالسراية دون أن يعتق عليه، وهو خلاف المشهور في المذهب من أن الرجل إذا أعتق شخصاً له في عبد فلم يعتق عليه حتى مات، كان باقيه رقيقاً لورثته، وإن استدان ديناً قبل أن يعتق عليه، بيع باقيه في الدين، ووجهه أنه لما أعتق نصفه بعد أن تصدق بالنصف الآخر قبل أن يقبض مِنه، راعى قول المخالف في أن الصدقة باقية على ملك المتصدق ما لم تقبض منه، فجعل العتق يسري إليه، فبطلت بذلك الصدقة؛ والقول الأول أظهر، لأنه هو الذي يأتي على المذهب في أن الصدقة تجب بالعقد، وعلى المشهور فيه من أن من أعتق شخصاً من عبده، فالباقي منه على ملكه ما لم يعتق عليه، ولا يكون حراً بعتق ما أعتق منه؛ وأما إذا بدأ بالعتاقة فقال نصف عبدي حُرّ ونصفه صدقة على فلان، فالمنصوص عن ابن القاسم في ذلك في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب العتق، ومن رواية عيسى عنه أنه يكون حراً كله، وتبطل الصدقة؛ وهذا إنما يأتي على القول بالسراية، وأما على مذهبه في المدونة في أن من أعتق بعض عبده لا يكون باقيه حراً بالسراية حتى يعتق عليه، فإن وهبه أو تصدق به قبل أن يعتق عليه، قوم عليه ولم تبطل الصدقة فيه ولا الهبة.

وقوله في هذه الرواية إنه يقوم أكله فيعتق ويكون على المعتق نصف قيمته، هو الذي يأتي على أصل مذهب مالك، وظاهر الحديث أن العبد يقوم كله، فيكون على المعتق لشريكه نصف قيمته، وذلك خلاف قول ابن القاسم في سماع يحيى من كتاب العتق أن النصف المتصدق به، هو الذي يقوم على المعتق، ومثله في كتاب الجنايات من المدونة، وهو قول غير ابن القاسم في كتاب أمهات الأولاد من المدونة، وليس المعتق كالواطىء، لأن الواطىء وطىء حقّ غيره، والمعتق لم يحدث على شريكه شيئاً؛ فتحصيل الاختلاف في هذه المسألة أن فيها ثلاثة أقوال، أحدها: أن الصدقة تبطل وينفذ العتق- قدم الصدقة أو العتق، والثاني: أنها لا تبطل ويقوم على المعتق قدم الصدقة أو العتق، والثالث أن الصدقة تبطل إن قدم العتق، ولا تبطل إن قدمها على العتق، وهذا كله على قياس القول بأن العتق والصدقة يجبان بنفس انقضاء اللفظ على ما في كتاب الظهار من المدونة من أن الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً، وأنت علي كظهر أمي، أن الظهار لا يلزمه؛ وأما على قياسِ القول بأن العتق والصدقة لا

يجبان بنفس تمام اللفظ حتى يسكت بعده سكوتاً يستقر به العتق أو الصدقة، وهو الصحيح من الأقوال على ما في كتاب الإيمان بالطلاق من المدونة في الذي يقول لامرأته قبل أن يدخل بها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، أنها ثلاث، إلا أن يريد أن يسمعها ولا يريده بذلك تكرار الطلاق، فسواء قدم العتق قبل الصدقة أو الصدقة قبل العتق، فيلزمه نصف قيمة العبد للمتصدق عليه، لأنه إن قدم العتق قبل الصدقة، حصلت الصدقة قبله، فوجب عليه نصف قيمته، وإن بدأ بالصدقة قبل العتق حصل العتق قبلها، فوجب عليه نصف قيمته، إلا على القول بالسراية وفي صفة التقويم قولان، أحدهما أنه يقوم العبد كله فيكون للمتصدق نصف القيمة، والثاني أنه يقوم نصفه المتصدق به، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن رجل تصدق على رجل بعبد له ثم أعتقه قبل أن يقبضه، قال لا عتق له.

قال الإمام القاضي: قوله إنه لا عتق له، هو الذي يأتي على قياس قول مالك في أن الصدقة يحكم بها على المتصدق، وإن لم تقبض منه، ويحتمل أن يكون من قول ابن وهب، فإن كان من قول ابن القاسم، فهو خلاف قوله في سماع محمد بن خالد، وقد مضى القول على ذلك هنالك، فلا معنى لإعادته.

مسألة:

وسألته عن الرجل يتصدق على الرجل بالجارية فيحبلها المتصدق قبل أن يقبضها المتصدق عليه، قال ابن وهب: إذا تصدق بصدقة جد، كانت القيمة على المتصدق عليه، ولو شهد له شاهد على الصدقة وهي في يديه حلف مع شاهديه.

قال محمد بن رشد: قد مضى في سماع محمد بن خالد الكلام على الذي يتصدق بالجارية ثم يحبلها قبل أن يقبضها المتصدق عليه، فلا معنى لإعادة ذلك، وقوله ولو شهد له شاهد على الصدقة- وهي في يديه حلف مع شاهده، صحيح لا إشكال فيه، ولا دليل في قوله وهي في يديه على أن الحكم يكون بخلاف ذلك- إذا لم تكن في يديه، لأن المدعي للصدقة يحلف مع شاهده ويستحق صدقته، كانت الصدقة في يد المتصدق أو في يد المتصدق عليه، على مذهب مالك، والمخالف يقول: إن الصدقة إذا كانت في يد المتصدق فلا يحكم عليه بها للمتصدق عليه، فلهذا قال في هذه الرواية: يحلف مع شاهده ويستحق صدقته وإن كانت في يد المتصدق، وأما إن كانت في يد المتصدق عليه، فلا كلام في أنه يحلف مع شاهده، وإنما ساق ذلك على سبيل

الحجة، فكان وجه الكلام، أن يقول لأنه لو شهد له شاهد، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وسألته عمن تصدق على ولد له صغار وكبار بصدقة، فلم يحزها الأكابر حتى مات الأب، فهل للأصاغر شيء؟ قال نعم يكون لهم حظوظهم منها.

قال محمد بن رشد: المسؤول عن هذه المسألة ابن وهب والله أعلم.

وقوله مثل قول مالك في رواية علي بن زياد عن مالك في المدونة، ومثل قوله في رواية أشهب عنه في هذا الكتاب، خلاف مذهب ابن القاسم في المدونة، وفي رسم إن خرجت من سماع عيسى من الكتاب، وقد مضى الكلام على ذلك هنالك مستوفى، فلا معنى لإعادته.

مسألة:

وسألته عمن تصدق بصدقة على ولده بدار فلم يزل ساكناً في ناحية من الدار حتى مات، ما حد الذي إذا سكنه الأب لم يكن للولد فيه صدقة، فقال إذا سكن الثلث فأدنى فالصدقة ماضية، وأما إن سكن أكثر من الثلث، فلا صدقة له.

قال محمد بن رشد: هذا مذهب مالك، لأن الثلث آخر حد اليسير وأول حد الكثير، وهو عند مالك في جميع المسائل يسير، إلا في ثلاثة مواضع، وهي معاملة المرأة الرجل، وما تحمل العاقلة من الدية، والجوائح في الثمَار، وبالله التوفيق.

كمل الجزء الثالث من كتاب الصدقات والهبات بحمد الله وحسن عونه والصلاة الكاملة على سيدنا ومولانا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصدقات والهبات الرابع

من سماع أصبغ بن الفرج ابن القاسم من كتاب البيوع

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول في الذي يتصدق على ولده الصغار الذين يحوز لمثلهم- بالصدقة التي لها الكراء، أو الغلة، ويجري هو لهم: إن ذلك جائز- إذا أشهد على أصل الصدقة وإن لم يكتب الكراء بأسمائهم؛ قال ومن يكري للصغير، ويشتري له، ويبيع له، إلا أبوه، وأنكر قول من يقول لا يجوز إذا كتب الأب الكراء باسم نفسه، وعابه وكرهه كراهية شديدة ورآه خطا، وقال قد صحف في ذلك ولا أعلمه إلا قال: وهذا خلاف لسنة المسلمين، ولا أعلم أحداً من الناس قال هذا- يريد من أهل العلم.

قال محمد بن رشد: هذا من قول ابن القاسم مثل ما تقدم من قوله في آخر رسم شهد من سماع عيسى، ومن قول مالك في رسم يدير منه، وهو أمر لا أعلم فيه اختلافاً في المذهب، وقد مضى من القول على ذلك في رسم يدير المذكور ما فيه كفاية، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: وسمعت ابن القاسم يقول فيمن تصدق على ابن له صغير يحوز لمثله بنصف غنمه، أو ثلثها، أَوْ بنصف عبده، أو داره، وترك بقية ذلك مالاً لنفسه شريكاً له به: - إن ذلك جائز، وإن ذلك حوز له؛ وإن تصدق على ابن له صغير بنصف غنمه ونصفها في سبيل الله فكان الأب يحوز ذلك كله حتى مات الأب- وذلك على حاله، إن صدقة الابن جائزة، وإن ما كان في سبيل الله من ذلك، فليس بشيء؛ ونصيب الابن جائز، وليس ذلك بمنزلة ما لو تصدق عليه وعلى كبير، لأن ما كان في سبيل الله في ذلك لا يحوزه أحد، والأجنبي والكبير إذا كان بعينه يحوزه ويقوم به؛ وسبيل الله هو كلا شيء، وهو كما لو حبسه مالاً لنفسه- وكان به شريكاً؛ قال أصبغ: لا يعجبني ما قال، وأرى أن يبطل كله ولا يجوز منه شيء للابن في المسألتين جميعاً- لا في الذي جعل للابن نصفه وأمسك نصفا، ولا في الذي جعل للابن نصفه، وللسبيل نصفه، ولا

للسبيل جميعاً، لأن الذي للابن ليس بشيء بعينه وهو مشاع فيه كله، فهو كحاله قبل الصدقة، وهو كما لو تصدق عليه بمائة من غنمه ولم يفرزها بعينها، ولم يسمها أو بعدة من خيله ولم يسمِّها ولم ينسبها حتى تقع الصدقة فيها بعينها، أنه يبطل؛ وهو قول مالك في الغنم والخيل والجزء- وهو واحد كله، وهذا آخر قول مالك، والذي رجع إليه فيها؛ وقد كان يقول قبل ذلك في الغنم إذا تصدق عليه بعدة منها- وهي في غنمه كما هي- أنه جائز، وليس ذلك بشيء، قد رجع عنه هو وأصحابه، وهو قولنا جميعاً لا يجوز حتى يسميها بأعيانها، أو ينسبها بأسمائها أو يفرزها، أو يسميها، فكذلك مسألة الجزء سواء.

قال محمد بن رشد: اختلف فيمن تصدق بجزء من ماله على الإشاعة على ولده الصغير، هل تصح حيازته إياه له أم لا، على ثلاثة أقوال، أحدها: أن حيازته إياه له جائزة سواء أبقى الباقي لنفسه، أو تصدق به على كبير، أو في السبيل، وهو قول مالك. والثاني: أن حيازته له غير جائزة- فسواء أيضاً أبقى الباقي لنفسه، أو تصدق به على كبير أو في السبيل، وهو قول أصبغ في هذه الرواية. والثالث: أن حيازته له جائزة إن أبقى لنفسه أو تصدق به في السبيل، ولا يجوز إن تصدق به على كبير إلا أن يحُوز الكبير لنفسه والصغير، فإن لم يحُز الكبير شيئاً أو لم يحز إلا حصته، بطل نصيب الصغير، وهو مذهب ابن القاسم، وإرادته في هذه الرواية تبين ذلك من مذهبه، قاله في كتاب ابن المواز من أن نصيب الصغير يبطل وإن حاز الكبير نصيبه، وقد مضى بيان هذا كله وتوجيه الخلاف فيه في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الحبس، ومضت المسألة أيضاً في رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب، وفي رسم العرية من سماع عيسى منه؛ فإذا وهب الرجل جزءاً من جميع ماله على الإشاعة لولده الصغير - وله أصول أرباع وعروض ورقيق وماشية وناض وطعام، جاز له على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك. ذلك الجزء من جميع ما كان يملك يوم الهبة من الأصول والرباع والعروض والرقيق والماشية، حاشا ما سكن من الدور، ولبس من الثياب؛ وأما الطعام والناض فلا يجوز ويبطل، إذ لا يعرف ذلك بعينه إلا أن يضعه له على يد غيره؛ وقد قال إن ذلك يجوز له إذا أفرزه له- وإن لم يخرجه من يده، وهو قول مالك في الموطأ- حسبما مضى بيانه في أول رسم من سماع ابن القاسم، وفي رسم طلق بن حبيب منه، ومثل هذا في الثمانية لابن الماجشون؛ قال فيمن قال نصف ماله صدقة على ابنتي البكر وهي في حجره، أن لها نصف ما كان يملك يوم تصدق من

عقار أو ثياب أو دواب أو ماشية، إلا العَين فإنه باطل، إلا أن يكون حازه لها على يدي غيره، وكذلك تبطل الثياب التي تلبس والسلاح وما كان يبتذله، وما سكن من الدور حتى مات.

قال القاضي ابن زرب: إنه إن كانت الدنانير أو ما سكن من دار تبعاً لما حاز بالصدقة فالجميع نافذة، وهو الذي قاله ابن زرب من أنه إن كانت الدنانير أو ما سكن من دار تبعاً لما حاز فالصدقة بالجميع نافذة، لا تصح عندي على مذهب مالك، لأنها أنواع من الأموال، فلا يجعل الأقل منها تبعاً للأكثر، وإنما ذلك في النوع الواحد، فإن كانت الدار التي سكن هي تبع لما لم يسكن من الدور أو الثياب التي لبس تبعاً لما لم يلبس منها، أو الناض الذي لم يخرجه عن يده تبعاً لما أخرجه عن يده منه، أو وضعه على يدي غيره، جاز ذلك؛ وإلا لم يجز هذا على مذهب مالك في أن الدور الكثيرة إن سكن داراً منها كلها أو جلها- وهي تبع لما لم يسكن منها، جاز له ما سكن وما لم يسكن، كالدار الواحدة إن سكن منها اليسير جازت للابن كلها؛ وأما على مذهب أصبغ الذي يقول في الدور الكثيرة، إنه إن سكن واحدة منها أو جلها وإن كانت تبعاً لسائرها، أن الهبة فيها تبطل، لأن كل دار منها فكأنها موهوبة على حدة، فبطل ما لبس من الثياب، وما سكن من الدور، وما أبقى عند نفسِه من الناض بكل حال، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية والحبس

مسألة:

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول في رجل تصدق على رجل بميراثه من أبيه بعد أن يموت أبوه وأشهدَ له وقبل ذلك منه، ثم بدا للمتصدق وقال إني كنت حين فعلت ذلك لا أدري ما أرث نصفاً أو ربعاً؟ ولا أدري ما عدد علمك من الدنانير، ولا من الرقيق؟ ولا ما سعة ذلك من الأرضين وعدد الأشجار؟ فلما تبين لي مورثي من أبي وما أرث مما ترك، رأيت ذلك كثيراً وكنت ظننت أنه دون هذا، وأنا لا أجيز الآن. فقال ابن القاسم إن تبين مما قال أنه لم يكن يعرف يسر أبيه ولا وفره لغيبة كانت عنه، رأيت أن يحلف ما ظن ذلك، ويكون القول قوله، وإن كان عارفاً بأبيه ويسره وإن لم يعرف قدر ذلك، جاز عليه على ما أحب أو كره؛ وقال أصبغ مثله.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في أول سماع عيسى، فلا معنى لإعادته.

ومن كتاب الوصايا والأقضية

قال أصبغ: سمعت ابن وهب، وسئل عن رجل اشترى بغلين أحدهما فاره والآخر رديء، فأشهد أن أحدهما صدقة على فلان ابنه، ثم مات فادعى الابن الفاره وجاء بشهود يشهدون أن أباه تصدق عليه بأحد البغلين ولا يدرون أيهما هو، وقال سائر الورثة هو الرديء، قال لا يقبل قوله ولا قول الورثة، ويجعل له نصف الفاره ونصف الرديء؛ قال أصبغ: تبطل الصدقة ولا تكون شهادة في الحكم ألا أن يأخذ ما أقرت به الورثة بإقرارهم.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه الشهادة أن الشهود شهدوا أن الميت أشهدهم على أنه تصدق على ابنه بأحد هذين البغلين- وعينه لهم، ألا أنهم لا يدرون أنهما هو منهما، ولذلك وقع الاختلاف في جواز الشهادة، فأجازها ابن وهب ولم يجزها أصبغ، وقول أصبغ هو المشهور في المذهب، أن شهادتهم تبطل إذا شكوا فيه فلم يدروا أيهما هو الذي عين لهم أنه تصدق به منهما، ويأتي قول ابن وهب على ما وقع في أصل الأندية من كتاب الأيمان بالطلاق من أن الشهود شكوا فلم يدروا أيهما أهي المطلقة التي قد دخل بها، أو التي لم يدخل بها، ويختلف على القول بإجازة الشهادة في إجازة الصدقة، لأنها إذا جازت صارت بمنزلة من قال قد تصدقت على ابني بأحد هذين البغلين أو ببغل من هذين البغلين، أو بعدة من بغاله أو بعدة من خيله، أو من غنمه- دون أن يسميها أو يعينها، وقد اختلف قول مالك في ذلك: كان يقول أولاً إن الصدقة جائزة، ثم رجع إلى أنها لا تجوز حسبما وقع من اختلاف قوله في آخر أول رسم من هذا السماع، فقول ابن وهب في إجازة الصدقة بعد أن أجاز الشهادة على قياس قول مالك الأول في أن الرجل إذا تصدق على ابنه الصغير بعدة من غنمه، أو من خيله- دون تعيين أن الحيازة جائزة، والصدقة ماضية؛ وقد مضى ذكر الاختلاف في هذه الشهادة وتحصيله في رسم يدير ماله من سماع عيسى من كتاب المديان والتفليس، وأما لو كان الميت إنما قال للشهود أشهدكم أني قد تصدقت على ابني بأحد هذين البغلين دون تعيين منه لأحدهما، لكانت الشهادة جائزة باتفاق والصدقة جائزة على اختلاف.

ومن كتاب البيع والصرف

قال أصبغ: وسمعت ابن القاسم وسئل عن الصفائح والنقر والحلي المكسور، أفيه ثواب؟ قال لا ليس في ذلك ثواب- يعني إذا وهب للثواب وقاله أصبغ.

قال محمد بن رشد: وقع هذا الرسم ههنا في بعض الروايات وقد مضت المسألة مكررة في رسم أوصى من سماع عيسى والتكلم عليها هناك فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الكراء والأقضية

قال أصبغ: سألت ابن القاسم عن الرجل يتصدق على الرجل بنصف أرضه وفي الأرض بئر، أو عين، إنما حياة تلك الأرض بها، يقول المتصدق لم أتصدق عليك إلا بالأرض، وأما الماء فليس لك منه شيء، وإنما كانت الصدقة مبهمة من غير استثناء ولا محدودة، وكيف إن تصدق عليه بقطعة من الأرض والماء فيها أو في غيرها، هل هو سواء؟ وكيف إن كان تصدق عليه بجميع الأرض والماء فيها، فادعى أنه لم يتصدق عليه بالماء؟ وكيف إن كان الماء يأتيها من أرض له غيرها؟

قال ابن القاسم: إذا كان الماء فيها وخرجت الصدقة مبهمة إلى جزء منها مشاع، فالماء بينهما على قدر ما لهما من الأرض إذا كان الماء في الأرض وإن تصدق عليه بناحية من الأرض والماء لي غير ناحية التي قطع له، حلف المتصدق بالله ما تصدق عليه بالماء، وكان ذلك له، وإن تصدق على رجل بأرضه كلها وفيها ماء، وزعم أنه لم يتصدق عليه بالماء، فالماء للمتصدق عليه، ولا شيء للمتصدق، فإن كان الماء في غيرها، حلف بالله ما تصدق عليه بالماء، وكان ذلك له- وإن كان الماء يأتيها فهو كذلك. وقاله أصبغ؛ كل هذا في الذي تصدق بناحية والماء في غيره إذا كان يكون للأرض شرب من غيرها بوجه من الوجوه، مثل أن يكون للمتصدق عليه إلى جنبها ماء يسوقه إليها، أو يعتمله بسقيها؛ فإن لم يكن كذلك على شيء من المصارف ولا المعتمل ولا السبيل إلا ماءها إن لم تسق به بقيت أبداً لا حياة لها وبطلت؛ رأيت الشرب لها في الماء أيضاً حتى يستثني في الصدقة أنه لا ماء لك. وقال مالك في الذي يتصدق بالأرض فيقول إني نويت أن أتصدق بها بلا ماء، فالقول في ذلك قوله إذا كان المتصدق عليه يقدر على سقيها من غير ساقية المتصدق، فيما إن كان لا يقدر على ذلك بوجه من الوجوه، ولا ينالها الماء إلا من طريق المتصدق؛ فإني أرى في هذا الموضع أن يقبل قوله، وأن يكون له من الماء ما يكفيها؛ وإن تصدق بها مبهمة، كان له من الماء ما يصلحها على ما أحب المتصدق أو كره.

قال أصبغ: قيل لابن القاسم الرجل يشتري من الرجل الأرض على هذا الوجه أو

نصف الأرض مبهمة وهو جار له ولها في أرضه ما يسقي به، فزعم البائع أنه لم يبعه على الماء، وإنما باع الأرض على أن يضمها إله أرضه ويسقيها بمائه، إلا أنه باع منها؛ هل يختلف ذلك إذا كان جاره أو أجنبياً؟ أو هل يختلف في هذا الوجه إذا باع قطعة من الأرض والماء في غيرها، وإنما عيش الأرض بالماء؛ أو هل يستوي ذلك كله؟ أو هل هو في جاره والأجنبي سواء؟ أو هل يختلف إن كان مبهماً أو غير مبهم؟ قال ابن القاسم أما إذا كان الماء فيها وباع مبهماً، فالماء للمشتري، وليس للبائع عليه مقال، كان الذي باع كلها أو نصفها، أو جزءاً منها، كان جاراً أو أجنبياً، أوكان للمشتري أرض إلى قربها أو ماء، أو لم يكن؛ فذلك كله سواء إذا باع مبْهماً وكان الماء فيها فهو للمشتري، قال أصبغ فإن تداعيا البيان والمواطأة على الأرض دون الماء، تحالفا وتفاسخا، قال أصبغ قال ابن القاسم: وأما إذا كان الماء ليس فيها وإنما شربها يأتيها من غيرها، وما باع مبْهم فإنه ينظر، فإن كان لما قال البائع وجه مثل أن يكون للمشتري أرض إلى جنبها يضمها إليها ويكون شربها منها، فأري القول قوله ويحلف، ثم يحلف المشتري أنه لم يشتر إلا على الماء، فإذا تحالفا تفاسخا، ومن نكل منهما فالقول قول الآخر مع يمينه؛ فإن كان على غير ذلك فالماء للمشتري، ولا حجة للبائع، وسواء في هذا أيضاً اشترى الأرض كلها أو بعضها، إلا أن يدعي البائع الشرط يزعم أنه استثنى الماء وهو في الأرض، وأنكر الآخر أو زعم المشتري أنه اشترط الماء وهو في غيرها، وأنكر الآخر؛ فإن كان الماء فيها فهو للمشتري، وإن كان في غيرها- وكانت تسقى به كلها تحالفا وتفاسخا.

وقال أصبغ ذلك كله رأيي وهو قولي وهو جيد كله، وبعضُه قوة لبعض، وبيان لما قلت لك في الصدقة إذا لم يكن لها سقي وغيرها من التحالف إلا قوله في هذا الحرف الآخر- إذا ادعى البائع الشرط وزعم أنه استثنى الماء وهو في الأرض، وأنكر المشتري، فإن القول فيه أيضاً أن يتحالفا عليه ولا يكون الماء للمشتري بقوله زعماً - كما قال، ولكن يتحالفان ويتفاسخان على محمل الحديث إذا اختلف البائع والمبتاع، فالقول ما قال البائع ويتفاسخان، وذلك ما لم يقبض المشتري ويدخل الغير في الأرض بما يكون فوتا، فإن أدخل ذلك، كان القول قول المشتري وكان البائع ههنا مدعياً والمشتري مدعىً عليه، ولم يجتمع التداعي جميعاً؛ والأول إذا لم يقبضه أو يفوت بغيرهما مدعيان فهو على الحديث بعينه أيضاً، وسواء كان الماء في الأرض أو لم يكن إذا كان شربها.

قال محمد بن رشد: تحصيل القول في المسألة: الرجل يتصدق بالأرض أو بجزء

منها على الإشاعة والماء في غيرها، أو فيها، أنه إن كان الماء فيها، فلا اختلاف في أنه تبع لها في الصدقة، واختلف إن قال المتصدق إنما تصدقت بها وحدها دون الماء، فقيل إنه لا يتصدق في ذلك بحال، وهو مذهب ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون، وقيل إنه يصدق في ذلك مع يمينه إذا كان المتصدق عليه يقدر على سقي الأرض من غير ذلك الماء بوجه من الوجوه؛ وأما إن كان الماء في غير الأرض المتصدق بها، أو بجزء منها على الإشاعة، فاختلف في ذلك: قيل إن الماء يبقى للمتصدق، إذ ليس في الأرض التي تصدق بها، وهو الذي يأتي على من يدل عليه قول أشهب في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب جامع البيوع، ومعنى ذلك: إذا كانت الأرض تستغني عن الماء، وكان يقدر على سقيها من غير ذلك الماء؛ وقيل إن الماء للمتصدق عليه، واختلف على هذا القول إن قال المتصدق إني إنما تصدقت بها دون الماء: هل يصدق في ذلك أم لا؟ فقيل إنه يصدق في ذلك مع يمينه، إلا أن تكون الأرض لا تستغني عن ذلك الماء بوجه من الوجوه، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية على ما زاده أصبغ فيها. وقيل أنه لا يصدق في ذلك، معناه إلا أن يكون له دليل من شاهد الحال، مثل أن يتصدق عليه بقطعة من أرضه ليضيفها إلي أرضه وله ما يسقيها به، فيعلم أنه إنما تصدق عليه بالأرض ليسقيها من مائيه، س وهو ظاهر قول ابن القاسم والذي أمضى في رسم، شهد من سماع عيسى في الذي يتصدق ببيت من داره إذ لا فرق بين المسألتين في المعنى، والحكم في الماء في البيع- إذا وقع مبهماً في الأرض، أو في جزء منها- والماء فيها أوفي غيرها، ولم يدع أحد المتبايعين في ذلك شرطاً ولا نية، كالحكم فيه في الصدقة سواء، إن كان الماء في الأرض فهو للمشتري، وإن كان في غيرها ويمكن أن يسقي من غير ذلك الماء: فقيل إنه يكون للبائع، وقيل إنه يكون للمشتري على الاختلاف الذي مضى في الصدقة في ذلك. وأما إذا تداعيا البيان في ذلك والنص عليه، فقال البائع بعتك الأرض دون الماء، وقال المبتاع بل اشتريتها منك بمالكها، أو قال كل واحد منهما كانت هذه نيتي، فقول أصبغ على ما يدل عليه قوله في هذه الرواية أنهما يتحالفان ويتفاسخان على ما ادعياه من الإفصاح والبيان على نياتهما، كان الماء في الأرض أو خارجاً عنها على مذهب الحديث، إلا أن يكون المشتري قد قبض الأرض وفوتها بإدخال العين فيها، أو بما سوى ذلك مِما يفوتها، فيكون القول قوله؛ ومذهب ابن القاسم على ما قاله في هذه الرواية من رواية أصبغ عنه: أنهما يتحالفان ويتفاسخان، إلا أن يكون الماء في الأرض أو يكون في غيرها ولا يشبه ما قال البائع،

ويشبه ما قال المشتري بأن لا يكون للأرض سقي من غير ذلك الماء، فيكون ذلك القول قول المشتري، فراعى ابن القاسم في هذه الرواية دعوى الأشباه مع القيام- وهو خلاف المشهور في المذهب، ولم يراعه أصبغ على المشهور فيه، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول فيمن ضمن عن ابنه نفقة سنين سماها بدنانير سماها في كل سنة، أو لم يسم دنانير إلا أنه قد عرف وجه النفقة فضمن نفقة سنين، وذلك كله بعد عقد النكاح، مثل أن يراد أن يقام بابنه ليفرق بينهما، فضمن لك عنه أبوه، أرى أن ذلك يلزمه ما كان حياً، فإذا مات سقط ذلك عنه؛ وقاله أصبغ- وهو الحق، وكذلك نفقة المطلقة- إذا ضمن الابن، هذه حقوق يقضي بها قد افترضت، وليس هذا كالذي يضمن في النكاح النفقة، ذلك شيء لم يأت، ولم يفرض، ولم يجب ولا أمر له، ومجهول كله يكون أو لا يكون، ومتى يفترقان أو يموتان.

قال محمد بن رشد: جعل الضمان بالنفقة لا يجب إلا بالحياة، من أجل أنها لم تجب بعد، فما وجب منها في حياته لزمه، وما وجب منها بعد وفاته لم يلزمه، بخلاف الحمالة بما قد وجب من الحقوق، ذلك يجب في حياته وبعد وفاته، لأنها خرجت على عوض، وهو ما رضي المحمول له به من ترك ذمة غريمه، وكان القياس أن يجب عليه ضمان نفقة السنين التي سمى وإن مات قبل تمامها إذا عاش ابنه حتى انقضت، أما إن مات ابنه قبل انقضائها، فلا يلزمه ضمان ما بقي منها- وإن كان حياً، لأنها تسقط عنه بسقوطها عن ابنه الذي تحمل عنه. وقوله وكذلك نفقة المطلقة- إذا ضمن الابن، معناه: وكذلك إذا ضمن عن ابنه لزوجته المطلقة نفقة ولدها منه سنين، فمات قبل انقضاء السنين، لا يلزمه ضمان ما بقي منها، فكان القياس أن يلزمه ضمان ذلك في ماله إن مات إذا عاش الابن، وأما إن مات الابن قبل انقضاء السنين، فيسقط عن الأب الضامن ضمان ما بقي منها- وإن كان حياً بسقوطها عن ابنه الذي تحمل عنه، وأما إذا تحمل بالنفقة في أصل عقد النكاح، فهي حمالة لا تلزم على ما دل عليه قوله في الرواية، لأن النكاح يفسد بذلك، فيفسخ قبل الدخول ويثبت بعده، ويسقط الشرط ويكون للزوجة صداق المثل، وقد مضى بيان هذا في رسم حلفا يبيع سلعة أسماها من سمَاع ابن القاسم من كتاب النكاح، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم وسئل عن رجل أعمر رجلاً داراً وجعلها لولده من

بعده، هل يجوز له إن يشتريها من المعمر، وهي لولده من بعده؟ وهل يجوز للمعمر أن يشتري العمري من ربها حتى يكون له أصلها، كما يجوز للمعمر؟ قال ابن القاسم: أما إذا جعلت لولده من بعده، فلا يجوز لصاحبها أن يشتريها، لأن الأب ليس يبيع لقوم بأعيانهم، ولا يعرف عددهم؛ وأما المعمر فيجوز له أن يشتريها من صاحبها حتى يكون له أصلها إذا لم يكن لولده من بعده وإن كانت لولده من بعده، فلا يحل له اشتراؤها، لأنه يشتري حقّ قوم آخرين، ولا يحل للمعمر أن يشتري حقّ المعمر وحده أيضاً إذا كانت لولده من بعده، وإنما يشتري ما يملك به الدار ملكاً تاماً حتى يبيع ويهب ويتصدق إن شاء؛ وأما إن يشتري شيئاً، فإذا مضى خرجت من يده أيضاً إلى قوم آخرين، ولا يستطيع فيه بيعاً ولا غير ذلك، فلا يحل، وقاله أصبغ. قال أصبغ وإنما مكروه ذلك أنها اجارة مجهولة، وكراء مجهول، وغرر ومخاطرة.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضت متكررة في آخر رسم إن خرجت من سماع عيسى، ومضى الكلام عليها هناك وفي المواضع المذكورة فيه، فلا معنى لإعادة ما مضى الكلام فيه فإن مات المعمر نزل ورثته منزلته، فكان لكل واحد منهم أن يشتري من الخدمة قدر حظه من المرجع عند ابن القاسم. وقال ابن كنانة لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم فيشتروا جميع الخدمة. وقال المغيرة للواحد منهم أن يشتري جميعها، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ: سألت ابن القاسم عن الرجل يقول لابنه أصلح نفسك وتعلم القرآن ولك قريتي فلانة، فيصلح نفسه بإذن الله، ويتعلم القرآن، ثم يموت أبوه وهو لم يبلغ الحوز- والمنزل في يدي أبيه، هل تدري الصدقة له جائزة؟ قال لا إذا كان إنما هو قول هكذا إلا أن يعرف تحقيق ذلك بإشهاد يشهد له على ذلك، أو يقول لقوم اشهدوا أنه إن قرأ القرآن فقد وهبت له أو تصدقت عليه بعبدي، أو بقريتي، فيكون ذلك جائزاً له- إذا كان صغيراً في ولاية أبيه، ويكون ذلك حوزاً له؛ فأما إذا لم يكن الأمر على هذا، فإني أخاف أن يكون ذلك منه على وجه التحريض، فلا أرى ذلك للابن إلا على وجه قوي، مثل ما وصفت لك من الإشهاد- إن شاء الله.

قال محمد بن رشد: الظاهر من قوله ولك قريتي فلانة، تمليكه إياها بإصلاحه لنفسه، وتعلمه القرآن، وليس بنص على ذلك؛ ألا ترى أن أهل العلم قد اختلفوا في العبد هل يملك أو لا يملك، مع إضافة النبي صلى الله عليه وسلم المال لابنه بهذه

اللام التي يسمونها لأم الملك، فقال صلى الله عليه وسلم- من باع عبداً[1] وله مال فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع فقال أنت ومالك لأبيك فلم يكن هو وماله ملكاً لأبيه، فلما احتمل أن يريد بقوله ولك قريتي فلانة تسكنها أو ترتفق بمرافقها أو ينفذ أمرك فيهما وما أشبه ذلك؛ لم ير ابن القاسم أن ينتقل ملكه عنها إلا بيقين وهو أن يقول أشهدكم أنه إذا فعل ذلك، فقد تصدقت عليه بها، أو وهبتها له، وما أشبه ذلك؛ فتجوز الهبة له، وتصح له بحيازته إياها - إذا كان صغيراً في ولايته، ولم يجعل ما أوجب له القرية به من إصلاحه نفسه، وتعلمه القرآن- عوضاً لها، فتمضي له دون حيازة؛ وفي ذلك اختلاف، حكى ابن حبيب عن مطرف أنه قال له ومن أعطى امرأته النصرانية داره التي هو فيها ساكن على أن تسلم فأسلمت، فلا أراها بمنزلة العطية، لأنها ثمن لاصلاحها، والإشهاد يجزيها عن الحيازة؛ وإن مات الزوج فيها وبه أقول. وقال أصبغ: لا أراها إلا كالعطية، ولا بد فيها من الحيازة، وإلا فلا صدقة لها. وفي المدنية لابن أبي حازم، ولابن القاسم من رواية عيسى عنه مثل قول مطرف، وما اختاره ابن حبيب؛ قال وسألت عيد العزيز بن أبي حازم عن رجل قال لابنه إن تزوجت، فلك جاريتي فلانة، هل يلزمه ذلك؟ قال نعم إذا تزوج فهي له، وإن مات الأب أخذها من رأس المال؛ قال ابن أبي حازم وإن كان على الأب دين، حاصل الغرماء بذلك؛ قال عيسى قال ابن القاسم هي له دون الغرماء أن فلس، وإن مات أخذها من رأس المالِ ولم يكن لأهل الدين فيه شيء؛ قال ابن القاسم ولو قال لك مائة دينار- إن تزوجت، كان هو والغرماء سواء في ماله في الفلس والموت جميعاً، لأنه ليس بشيء بعينه،

وقول ابن القاسم أنه يكون أحق بالجارية من الغرماء، وأنه يحاصرهم بالدنانير، هو الصحيح، لا ما قاله ابن أبي حازم؛ ومعناه إذا وجبت له الهبة بالتزويج قبل أن يتداين الأب وبالله التوفيق.

---

(١) أخرجه الترمذي (١١٦٢)، وأخرجه أبو داود (٢٩٨١)، وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٨٢)، وأخرجه أحمد في مسنده (٥٣٨٧)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٥٠٣١)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٤٨٥١)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠١٧٨)، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٠٥٧)، وأخرجه الطبراني في مسنده (٢٤٦)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٤١٩٩)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٥٦٣٧)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٢٠٨٠)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٢٩٦١)، وأخرجه الشافعي في الأم (١٠٠٣)، وأخرجه البغوي في شرح السنة (٢٠٨٦).

مسألة:

قال أصبغ: وسئل ابن القاسم عن امرأة تصدقت بمورثها من دار أبيها على رجل- وتلك الدار لم تقسم، فعمد المتصدق عليه، إلى ناحية منها فبنى فيها، وسكن من غير قسم، ثم توفيت المرأة؛ هل له صدقة؛ قال لا حقّ للمتصدق عليه فيها، إلا أن يكون شركاؤه هم الذين صالحوه على ناحية، يرتفق بناحية ويرتفقون بناحية، فيكون ذلك حيازة؛ وأما أن يأتي رجل قد تصدق عليه بمورث من أرض فعمد إلى قطعة فبنى فيها وشركاؤه غيب، ثم يموت المتصدق بها قبل أن يحوز هذا، فلا أرى له في ذلك شيئاً، ولعل ذلك لو قسم صار لغيره، وقاله أصبغ؛ إلا الموضع الذي ابتنى وحازه بالبنيان، فإني أرى حصة المتصدق منه خاصة من عرصته للمتصدق عليه الباني، وأرى ذلك فيه حيازة للمتصدق عليه وعن المتصدق وقبضاً، فيجوز فيكون قبضاً ويكون شريكاً لشركائه فيه خاصة، ويبطل ما سوى ذلك من الصدقة بموت المتصدق، ويرجع إلى ورثة شركائه وللشركاء أيضاً.

قال محمد بن رشد: اختلف فيمن تصدق عليه رجل بحظه من دار، أو أرض على الإشاعة وحاز بيتاً من الدار، أو قطعة من الأرض، قدر حقّ المتصدق من ذلك أو أقل أو أكثر- والإشراك غيب، أو حضور دون علمهم ولا إذنهم- على ثلاثة أقوال، أحدها أن ذلك ليس بحيازة يستحق بها شيئاً من الصدقة لا فيما حاز ولا فيما لم يحز، وهو مذهب ابن القاسم في سماع أبي زيد بعدي هذا؛ وفي هذه الرواية؛ بدليل قوله فيها ولعل ذلك الذي حازه بعينه لو قسم صار لغيره. والثاني أن ذلك حيازة صحيحة يصح له بها جميع صدقته إذا ارتفعت يد المتصدق، ونزل هو مع إشراكه أو وحده، فعمر شيئاً من الأرض أو سكن بيتا من الدار؛ وهو قول مطرف وابن الماجشون، قالا ولو لم يعمل المتصدق عليه شيئاً إلا أنه منع المتصدق من العمارة، لكان ذلك حيازة تامة، تصح له بها الصدقة مع الإشهاد، ونحوه في المدنية لابن كنانة ولابن القاسم أن المنع حيازة، وقد ذكرنا ذلك في رسم الكبش من سماع يحيى بعد هذا فيما تقدم والثالث أنه يصح له بهذه الحيازة قدر حظ المتصدق مما حاز لا أكثر، ويبطل ما سوى ذلك، وهو قول أصبغ ههنا وفي نوازله بعد هذا؛ وقول ابن القاسم، على قياس القول في القسمة إنها تمييز حق، بدليل قوله ولعل ذلك لو قسم صار لغيره، وقول أصبغ على قياس القول بأنها بيع من البيوع، ولا اختلاف في أنه إذا نزل مع الإشراك منزلة المتصدق فعمر معهم على الإشاعة، أو على غير الإشاعة- أقل من حقّ المتصدق، أو أكثر برضاهم، أن

ذلك حيازة صحيحة تامة؛ واختلف إذا تصدق الرجل على الرجل بجزء من أرضه على الإشاعة معه فنزل المتصدق عليه مع المتصدق في الأرض وعمرهما معه كما يعمر الشريك مع شريكه على سبيل الاستقصاء لحقه والمشاحة، فقيل إن ذلك حيازة وهو قول ابن القاسم في رواية عيسى عنه، حكى ذلك ابن مزين وقال به، وقيل إن ذلك ليس بحيازة، إلا أن يحوز الأرض كلها، أو يقاسما فيها، فيحوز ما صار له بالقسمة في الحظ المتصدق به، وقد مضى في أول السماع إذا تصديق على من يحوز له بجزء من داره، أو أرضه، أو عبده على الإشاعة مع نفسه، والكلام على ذلك مستوفى فلا معنى لإعارته.

مسألة:

قال أصبغ: وسمعت ابن القاسم يقول قال لي مالك في المرأة تتصدق بمالها كله في سبيل الله، أو تجعله صدقة، أو تعتقه وهو مالها كله: إن ذلك كله سواء إذا رده الزوج لم يجز منه قليل ولا كثير؟ قال أصبغ وهو قولهم جميعاً.

قال محمد بن رشد: في قول ابن القاسم في هذه الرواية إذا رده الزوج لم يجز منه قليل ولا كثير، دليل على أن فعلها على الإجازة حتى يرده الزوج، وقد مضى ذكر الاختلاف في ذلك، وفي هل يرد الجميع، أو ما زاد على الثلث مستوفى في رسم الكبش من سماع يحيى، فلا معنى لإعادته، فليس قول أصبغ وهو قولهم جميعاً بصحيح، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عمن تصدق على رجل بعبد له واشترط عليه أن له منه خدمة يومين في كل جمعة، فمات المتصدق فقال ليست أيضاً بصدقة. قال أصبغ أرى الورثة على رأس أمرهم يمضون أو يردون كما كان للمتصدق في حياته.

قال القاضي: إنما رأى الشرط يفسد الصدقة، لأنه لما شرط من خدمته يومين من كل جمعة، فقد حجر عليه التصرف في صدقته بالسفر بها والوطء لها إن كانت أمة والتفويت، فصار كمن تصدق بصدقة وشرط المتصدق عليه ألا يبيع ولا يهب؛ ألا ترى أنه لما كان الحبس لا يباع ولا يوهب، جاز فيه هذا الشرط على ما قاله في سماع ابن زيد بعد هذا، وأجاز ابن كنانة هذا الشرط في الصدقة والحبس، وقال إن الشرط لا يفسد الصدقة بل يشدها، والمعنى فيما ذهب إليه- عندي- أنه رآه شريكاً معه في رقبة العبد بما استغنى لنفسه من خدمته ولذلك أجازه في الصدقة والحبس، وقال إن الشرط

لا يفسد الصدقة، وقول أصبغ في هذه الرواية أرى الورثة على رأس أمرهم يمضون أو يردون كما كان للمتصدق في حياته خلاف ابن القاسم، فالصدقة بالعبد على هذا الشرط على مذهب ابن القاسم على الرد حتى يحرز، وعلى قول أصبغ على الإجازة حتى يرد؛ لأنه أنزل الورثة منزلته في الإجازة أو الرد، وقد مضى بيان هذا كله مستوفى في رسم إن خرجت من سماع عيسى في أول مسألة منه فلا معنى لإعادته.

ومن كتاب القضاء المحض

مسألة:

قال أصبغ: وسئل ابن القاسم عن ورثة قام رجل منهم فادعى صدقة عليه من أبيه فسئل البينة على الحوز فأتى بشاهد واحد، وأن القاضي وقف له صدقته زماناً حتى يأتي بشاهد آخر فلم يأت به، ثم إن القاضي أمر بقسمته على الورثة وكانت رقيقاً ومنازل وأرضاً فقسمت واتخذت أمهات أولاد، وعتق ما عتق، وغرس في الأرض شجر؛ ثم إن الذي كان ادعى بالصدقة ظفر بشاهد آخر كان صبياً فبلغ، أو غائباً فقدم؛ قال ابن القاسم أما ما اتخذ منها أمهات أولاد وما عتق منهم، فلا سبيل له إليهم، ويتبع بالثمن الورثة؛ وأما ما لم يحبل ولم يعتق، فله أن يأخذه بعد أن يدفع الثمن الذي هو في يديه ممن اشترى، ويتبع بالثمن الورثة فيأخذ ذلك منهم؛ وأما الأرض فلا يأخذها حتى يدفع لمن هي في يديه ثمنها وما أنفق فيها جميعاً، ثم يرجع هو على الورثة بالثمن فيأخذ ذلك منهم، بمنزلة الرجل يشهد عليه الرجلان أنه مات وهما عدلان ثم يأتي الرجل بعد ذلك وقد كان اشتبه عليهما؛ فإن مالكاً قال في مثل هذا- هذا القول فيما فات.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه الرواية إنه يقضي له بالشاهد الذي أتى به مع الشاهد الأول بعد أن كان قد عجزهُ وقضى بقسمة الميراث فاقتسم وفوت، خلاف ما في سماع أصبغ من كتاب النكاح في رسم النكاح من قوله فيه: قلت فإن عجزه ثم جاء ببينة بعد ذلك وقد نكحت المرأة أولم تنكح، قال قد مضى الحكم، ومثل ما في المدونة، إذ لم يفرق فيما بين تعجيز الطالب والمطلوب وقال إنه يقبل منه القاضي ما أتى به بعد التعجيز-

إذا كان، لذلك وجه، وقد قيل إنه لا يقبل منه ما أتى به بعد التعجيز كان طالبا أو مطلوباً؛ وفرق ابن الماجشون في الطالب بين أن يعجز في أول قيامه قبل أن يجب على المطلوب عمل، وبين أن يعجزه بعد أن وجب على المطلوب عمل، ثم رجع عليه، ففي

تعجيز المطلوب قولان وفي تعجيز الطالب ثلاثة أقوال: قيل هذا في القاضي الحاكم دون من بعده من الحكام، وقيل بل ذلك فيه وفيمن بعده من الحكام، وهو الاختلاف، إنما هو إذا عجزه القاضي بإقراره على نفسه بالعجز وأما إذا عجزه بعد التلوم والإعذار، وهو يدعي أن له حجة، فلا يقبل منه ما أتى به بعد ذلك من حجة، لأن ذلك قد رد من قوله قبل نفوذ الحكم عليه، فلا يسمع منه بعد نفوذه عليه، وقد مضى هذا في رسم النكاح من سماع أصبغ من كتاب النكاح، وفي رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال: وكل من تصدق على من بلغ الحوز فلم يحز لنفسه حتى مرض المتصدق، فأجازه في مرضه فلا صدقة له؟ وهو بمنزلة من أوصى لوارث حين منعه في صحته وأسلمه في مرضه، فلا يجوز ذلك له، وقال ذلك أصبغ؛ إلا أنه لا يحاص بها أهل الوصايا، كما يحرص بوصية الوارث، ولكنها تطرح من رأس المال كشيء لم يكن، وتكون الوصايا في ثلث ما بعدها، وترجع ميراثاً كالإقرار بدين لوارث في المرض مما كان فيه من التوليج والتهمة سواء.

قال محمد بن رشد: قوله: وكل من تصدق على من يبلغ الحوز- يريد من الورثة، لأن من تصدق على أجنبي في صحته بصدقة فأجازه إياها في مرضه، يصح له إن مات منه في ثلثه؛ وقوله إلا أنه لا يحاص بها أهل الوصايا كما يحاص بوصية الوارث، ولكنها تطرح من رأس المال كشيء لم يكن، وتكون الوصايا في ثلث ما بعدها إلى آخر قوله، هو من قول ابن القاسم- مُتعلق بقوله- وهو بمنزلة من أوصى لوارث لا من قول أصبغ؛ والفرق بين هذا وبين الذي يوصي لوارث بين، وذلك أن الذي أوصى لوارث قد أراد إدخاله على الموصى لهم، فكان من حقّ الورثة أن ينزلوا منزلته في محاصة أهل الوصايا، إذا لم يجيزوا له الوصية؛ والذي تصدق على وارث في صحته وأجازه في مرضه، لم يرد إدخاله على الموصى لهم، وإنما أراد أن يأخذ صدقته من رأس ماله.

وأما قوله: ولكنها تطرح من رأس المال كشيء لم يكن، وتكلون الوصايا في ثلث ما بعدها؛ فكان من أدركنا من الشيوخ يحملون ذلك على أنه خلاف لقوله في رسم أمهات الأولاد من سماع عيسى من كتاب الوصايا في الذي ويتصدق في صحته، ولا يخرج ذلك في يديه حتى يقول إن الوصايا تدخل فيه، بخلاف إذا قال في مرضه قد

كنت تصدقت على فلان بكذا، أو قد كنت أعتقت عبدي فلانا في صحتي، فإن الوصايا لا تدخل فيه، والذي أقول به إن هذه المسألة ليست بخلاف لما وقع في رسم أمهات الأولاد وكتاب الوصايا لأن هذه المسألة لما أجاز فيها الوارث في مرضه ما كان تصدق عليه به في صحته، تبين أنه أراد أن يخرج ذلك لوارثه من رأس ماله؟ فوجب ألا تدخل فيه الوصايا، وأن يكلون للورثة إذا لم يجيزوه وأما مسألة أمهات الأولاد، فالوجه فيها أنه لما لم يحز ما تصدق به حتى مات، حمل عليه أنه أراد أن يبطل صدقته، فوجب أن تدخل فيها الوصايا، وقد روى ابن وهب عن مالك أن الوصايا لا تدخل فيه؛ والوجه في ذلك أن الصدقة إنما ردت بعد الموت بالحكم للتهمة التي لحقت المتصدق في صدقته، إذ لم يحُزها حتى مات؛ فإنه أراد أن يخرجها من رأس ماله بعد موته؛ فوجب ألا تدخل فيها الوصايا، ولا يدخل هذا الاختلاف في هذه المسألة، ولا في مسألة الذي يقول في مرضه: قد كنت تصدقت في صحتي على فلان بكذا وكذا، أو قد كنت أعتقت في صحتي عبدي فلاناً- وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يتصدق بميراثه على رجل، فيقول في صدقته: أشهد لك أني قد تصدقت على فلان بجميع ميراثي- وهو كذا وكذا في الغنم والبقر والرمز، والرقيق والثياب والدور، والبور، والأرض البيضاء، فإنها لي، وفي تركة الميت جنان لم يخصها أو غير ذلك؛ هل يكون جميع ما نص وما لم ينص للمتصدق عليه إلا ما استثنى، أم لا يكون له إلا ما نص، وقد قال في أول صدقته أشهدكم أني قد تصدقت على فلان بجميع ميراثي أو قال بميراثي في كذا وكذا، إلا كذا وكذا.

قال أصبغ: أرى له كل شيء إلا ما استثنى إذا كان يعرفه، وأرى الجنان إذا كان يعرفه داخلاً في الصدقة، لأنه إنما استثنى الأرض البيضاء ولم يستثن الجنان، إلا أن تكون الأرض هي الجنان عند الناس، وكذلك تسمى وتنسب وتعرف فتكون له باستثنائه.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، لأنه قد تصدق عليه بجميع ميراثه إلا الأرض البيضاء، فوجب أن يكون الجنان داخلاً في الصدقة، إلا أن يكون عند الناس من الأرض البيضاء- كما قال- وإن كان لم يسم الجنان فيما سمى، لأنه لما تصدق بجميع

ميراثه واستثنى منه الأرض البيضاء تبين أنه لم يرد بما سمى استيعاب جميع المورث؛ وقوله فيه إنه داخل في الصدقة إن كان يعرفه، صحيح على ما مضى من مذهب ابن القاسم في رسم الأقضية والحبس من هذا السماع أن هبة الميراث جائزة إن لم يعلم قدره، إلا أن ينكشف أنه أكثر مما ظن به على زعمه، فيحلف على ذلك ولا يلزمه، ويأتي على ما ذكرناه هناك من قول ابن عبد الحكم في أن هبة المجهول جائزة وإن ظهر له أنها كانت كثيرة بعد ذلك أن يكون الجنان للمتصدق علمه إذا تصدق عليه بجميع مورثه: إلا ما استثناه منه وأن لم يعلم بالجنان، بالله التوفيق.

ومن كتاب البيوع

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول في الجارية توهب للثواب أن الوطء. فيها إذا وطئها فوت تجب به القيمة عليه، وكذلك الاعتصار إذا وطئها الابن لم يكن للأب أن يعتصر. قال أصبغ حبلن أو لم يحبلن سواء، قال ابن القاسم ولكن التفليس إذا فلس المشتري بعدما وطئها أخذها صاحبها- وهي سلعته بعينها- وهو أولى بها، إلا أن يشاء الغرماء أن يدفعوا إليه قيمتها يوم وهبها ويأخذوها.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم في الجارية توهب للثواب أن الوطء فيها- إذا وطئها فوت تجب به القيمة عليه، وهو مثل ما تقدم من قوله في رسم العتق من سماع عيسى والاختلاف في ذلك، بل قد قيل إن الغيبة عليها فوت تجب بها القيمة عليه، وهو قول مطرف وابن الماجشون، وأصبغ. وقوله أيضاً إنه إذا وطئها الابن لم يكن للأب أن يعتصرها، هو مثل ما مضى من قوله في رسم باع شاة من سماع عيسى، وذهب مطرف وابن الماجشون إلى أن الوطء لا يقطع الاعتصار، لأن ذلك لا يمنعه من بيعها، وما يريد من الانتفاع بثمنها، إلا أنها توقف بعد العصرة، فإن صح رحمها تمت العصرة، وإن ظهر الحمل امتنعت العصرة؛ وأما وطء الذي وهبت له هبة ثواب، فلا اختلاف في أنه ليس بفوت يحول بينه وبين أخذها في التفليس، إلا أن يشاء الغرماء أن يدفعوا إليه قيمتها، أو ياخذوها! قال في هذه الرواية يوم وهبها، ومثله في أول رسم من سماع ابن القاسم، وقد مضى هناك ذكر الاختلاف في ذلك وتوجيهه، فلا معنى لإعادته. وسمي الموهوب له مشترياً في قوله لو فلس المشتري، لأن الهبة للثواب بيع من البيوع.

ومن كتاب المدبر والعتق

مسألة:

قال أصبغ: قال لي ابن القاسم فيمن وهب نصف كتابة مكاتبه لرجل، أنه إن عجز، فهو شريك له فيه بذلك، لأن مالكاً قال إذا وهب له الكتابة فعجز، فهو عبد للموهوب له، وقاله أصبغ كله؛ وكذلك الأجزاء كلها. قلت لابن القاسم فوهب نجماً ولم يسمه كيف يستأديان نجومه، قال يكون شريكاً في النجوم كلها- بقدر ذلك. قال أصبغ يريد بقوله نجم من عدد النجوم- إن كانوا خمسة فخُمُس كل نجم على هذا الوجه. قال أصبغ: قال ابن القاسم فإن عجز كان شريكاً في الرقية أيضاً بقدر ذلك، قال أصبغ يريد بقوله نجم من عدد النجوم، إن كانوا خمسة فخمس كل نجم على هذا الوجه. قال أصبغ قال ابن القاسم فإن عجز كان شريكاً في الرقية أيضاً بقدر ذلك بمجرى النجوم؛ قال أصبغ وإن سمي نجماً بعينه وهبه فعجز العبد، فلا أرى له فيه شركا؛ لأنه كأنه إنما وهب مال ذلك النجم- إن تم، فإنما وهب له مالاً إلا أن يزعم الواهب غير ذلك، والقول في ذلك قوله.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة، لا وجه للقول فيها على المشهور في أن بيع جزء من أجزاء الكتابة جائز، كما يجوز بيع جميعها، وهو قول مالك في موطئه ويأتي على القول بأنه لا يجوز بيع جزء من أجزاء الكتابة، لأن الهبة في ذلك لا تحوز على الثواب، وسيأتي الكلام على هذا إن شاء الله في رسم نذر من سماع أبي القاسم من كتاب المكاتب، وفي رسم الكبش من سماع يحيى منه، وبالله التوفيق.

من مسائل سئل عنها أصبغ بن الفرج

مسألة:

وقال أصبغ في امرأة تصدقت على زوجها بجارية لها وكتبت له كتاباً فيه تصدقت عليه بجاريتها فلانة التي اشترتها من فلان وولدها، فقال الزوج تصدقت علي بالجارية وولدها، فقالت إنما نسبت الجارية إلى ولدها ولم أتصدق عليك بولدها والجارية وولدها في بيت الرجل الذي فيه امرأته؛ فقال إن كانت اشترتها هي وولدها، فالقول ما قالت، ولا يأخذ الزوج الولد، وله الأم وحدها ولا يفرق بينهما.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إنها إن كانت اشترتها هي وولدها، فالقول قولها إنها لم تتصدق عليه بالولد يريد مع يمينها؛ وإن كانت لم تشترها مع ولدها، فلا تصدق

فيما ادعت، لأنها قد تبين كذبها، ويأخذ الزوج الولد مع الجارية على ما في الكتاب الذي كتبت له بالصدقة دون يمين دُوِّن، وإن لم يعرف أن كانت اشترتها مع ولدها أو دون الولد، فالقول قولها مع يمينها أنها لم تتصدق عليه بالولد، لأن الزوج مدع عليها بصدقة الولد، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال أصبغ في رجل تصدق على ابن له صغير بدنانير له عند عبده، قال إن كان العبد حاضراً فقال السيد للعبد خذ مالي عندك لابني فلان ويشهد له، فتلك حيازة وهي جائزة وإن كان العبدُ غائبا وأشهد له على الصدقة ودفع كتاب الدين إن كان له كتاب إليه أو إلى من يحوز له، فهي جائزة.

قال القاضي: معنى هذه المسألة أن الدنانير له قبل العبد ديناً ثابتاً في ذمته، وذلك بين في آخر المسألة. قوله: ودفع كتاب الدين إن كان له كتاب إليه، ولو كانت الدنانير له بيد العبد وديعة وما أشبه ذلك، لم يجز، لأن العبد لا يجوز للأب حيازته، ويد العبد كيد سيده، وينبغي في الدين أن يحوز ويكتفي بالإشهاد في الغائب والحاضر، وإن لم يقل له في الحاضر اقبض ما لي عندك لابني، ولا أدفع كتاب ذكر الحقّ في الغائب إليه، أو إلى من يحوز له على ماقال؛ كمن وهب لابنه الصغير ديناً له على رجل أجنبي فحيازته الإشهاد، وإن ولم يقل له اقبض ما لي عندك لابني ولا ادفع ذكر الحقّ إليه ولا إلى من يحوزه له، بيد أنه إن قال لعبده اقبض ما لي عندك لابني، فأحضر العبد الدنانير وأشهد أنها بيده لابن سيده على سبيل الحيازة، جاز ذلك وبرئت ذمته منها، وإن ادعى ذلك دون الإشهاد، جرى ذلك على اختلاف قول ابن القاسم في هذا الأصل في المدونة في مسألة الغرائر من كتاب السلم وشبهها، وقد حمل ابن المواز هذه المسألة على أن الدنانير التي لرجل على عبده أمانة عنده بيده لابن سيده، واعترض ذلك فقال ليس يعجبنا هذا، إن العبد مال للأب وبيده، فكأنه لمم يخرج الدنانير من يده، وحمل ذلك على أن الدنانير دين للسيد على عَبده أظهر لها نص عليه في آخر المسألة، ولا تخلو مع ذلك من الاعتراض لما اشترط في صحته الحيازة من أن يقول السيد لعبده خذ ما لي عندكم لابني ولا يحتاج في هبة الدين إلى ذلك، حسبما تقدم في أول رسم من سماع ابن القاسم، ووجه ما ذهب إليه- والله أعلم- أنه حكم للدين لما كان على عبده والعبد ملك له- حكم المال الناض بيده، فأجاز الهبة فيه وإن لم يخرجه عن يده، بأن يقول للعبد الذي هو عليه اقبضه لابني، فيكون ذلك بمنزلة التعيين للدنانير- هذا

وهبها لابنه، فالإفراز لها والطبع عليها- وإن لم يخرجهاعن يده على رواية مطرف عن مالك، وظاهر مما في الموطأ وقد مضى في سماع عبد الملك بن الحسن في معنى هذه المسألة ما فيه بيان لها، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن الأب يتصدق على ولده الصغار بالدار والأرض، ثم يموت بعد ذلك والولد صغار، ثم يقوم الورثة فيريدون قسمتها ويقولون إن أبانا لم يزل يسكن هذه الدار، ويحرث هذه الأرض- حتى مات ويقول الصغار لا علم لنا بما يقولون، ويقولون إن أبانا لم يسكن ولم يحرث حتى مات وأبونا الحائز علينا، ليس علينا أن نسأل عن شيء، نحن في صدقة أبينا على حيازة أبينا لنا، إلا أن تأتوا أنتم بالبينة على دعواكم، فإنه قد اختلف في ذلك، قال أصبغ أما الأرض فيمكن ما يقولون فيها، وهي على كل حال صدقة وحيازته للصغيرحيازة، وإظهار الصدقة حيازة، وكالحيازة حتى يعرف خلاف ذلك؛ على أنه إنما كان يعتملها لنفسه اعتمالا دونهم بحالها الجاري فيها قبل الصدقة بها لنفسه وشائه تقوم بذكر بينة تقطعه وتعرفه، فإن كان كذلك فعسى أن تبطل، وإلا فهي صدقة ماضية للصغار، والبينة على الآخرين وهم المدعون؛ وليس على الصغار تثبيت للحيازة، وهي حيازة على ما فسرت لك، وليس عندنا في هذا كلام، وهو أصوب والحق في العلم ممن قال غيره. ألا ترى أنه لو تصدق على ولده الصغار بصدقة مثل هذه، ثم طرأ عليه دين قبل الصدقة، وقد كان له وفاء به يوم تصدق، ولم يرد الدين قبل الصدقة أو بعدها، كانت الصدقة صدقة وكانت الحيازة حيازة لمثلهم من مثله، وكانت أولى حتى يعرف خلاف ذلك، فبهذا يستدل على مسألتك، وعلى خطا من قال خلافه، وعلى قوله والدار في مسألتك كذلك سواء بعد أن يكون قد تخلى من الدار فلا يسكنها، أو يكون مما لم يسكنها وهي خارجة من سكناه واشغاله إياها بنفسه وحشمه وماله وعياله، كحالها قبل الصدقة، فهذا الذي يبطل وليس تفترق الدار والأرض إلا في التخلي من الدار، فإن هذا يمكن معرفته وعلمه- كان يسكن أو لم يسكن، فإذا عرف أنها مما لم يكن يسكنها، أوعرف أنه قد تخلى منها، فهي بمنزلة الأرض- وهي حيازة، وإن أشكل فلم يدر أكان يسكن أم لا؟ فإن لم يكن يعرف بسكناها قط ولا نسب، فهي صدقة أيضاً كالتخلي وإن عرف أو نسب إلى سكناها قبل صدقتها، فأرى التثبت ههنا على أهل الصدقة بالتخلي منها، وقلبه إذا عرف بسكناها كلها.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بيئة صحيحة المعنى، أطال الكلام فيها إرادة البيان

لها، وذلك يرجع إلى أنه في الأرض محمول على أنه إنما كان يعمره لبنيه المتصدق عليهم حتى يثبت أنه إنما كان يعمره لنفسه على حال ما كان يفعله قبل الصدقة، وفي الدار مح!موأل على أنه- كان يسكنها، أو يشغلها بمتاعه وحشمه حتى يثبت انتقاله عنها، واخلاؤه لها، وأنه لم يكن قبل يسكنها ولا يشغلها، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن الرجل يتصدق بمبذر أمدا، أو بحرث زوج من أرضه على ابن له لم يسم له موضعاً من أرضه، أو بحرث زوج من أرضه، فلا يعتمل الأرض حتى يموت أو يعتمل بعضها ويبقى منها شيء لم يعتمده- قدر الصدقة أو أكثر، أو قل، هل الصدقة جائزة؟ أو تراها مثل مسألة مالك في الغنم الذي يتصدق بعدد من غنمه، قال إن كان وسمها وأشهد عليها، وكُلفت باختلاف الغنم الذي تصدق بها على ابنه وحرثه بالبقر وركوب الدواب، قال أصبغ: لا أراها صدقة حتى تسمى ناحيتها بحدها وعينها، وإلا كان مثل الذي ذكرت وأشد، لأن الغنم والخيل تتبعض، وقد أبطله مالك، وهو آخر قوله، والذي أخذنا به، وقد كان يقول بغيره ممن عمل بقوله الأول أجاز الأولى من مسألتك ولا يعجبني، ولا أراه؛ وسواء في هذا اعتمده أو لم يعتمل أو بعضها، فيما ما أردت من اختلاف الغنم، واعتمال البقر وخدمة العبيد- إذا كانت الصدقة فيهم بأعيانهم، فإذا كان من ذلك الأمر الخفيف والأمر الممزوج مرة للابن ومرة للأب ومرة ينتفع هذا، ومرة ينتفع هذا، ومرة بعضا لهذا وبعض لهذا؛ فهذا جائز وتكون حيازة وصدقة تامة.

قال محمد بن رشد: لا فرق بين أن يتصدق بمبذر أردب من أرضه أو بعدة من خيله في صحة حيازة الأب لذلك إذا تصدق به على ابنه الصغير، فباختلاف قول مالك من الصدقة بعدة من خيله، يدخل في ذلك، وقد مضى الاختلاف في ذلك في أول رسم من سماع أصبغ، ومضى الكلام عليه هناك، وفي رسم طلق بن حبيب من سماع بن القاسم ورسم الأقضية الثاني من سماع أشهب ومضى الكلام أيضاً على ذلك مستوفى في رسم، إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الحبس فلا معنى لإعادة شيء من ذلك؛ وأما ما ذكره في هذه الرواية من اختلاف الغنم واعتمال البقر، وخدمة العبيد، وما شبه ذلك، إن الأمر الممزوج من ذلك جائز، فقد مضى تحصيل الاختلاف فيه في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب، فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن الأرض تكون بين النفر فيتصدق أحدهم بسهمه على رجل فيعمد المتصدق عليه إلى قدر حقه من الأرض فيعمله وحده، وإشراكه غيب، أو حضور مستغنين عن عمل حظوظهم، أو ضعفوا عن عملها؛ هل ترى ذلك حيازة؟ وكيف إن عمر أقل من سهمه هل يستوجب سهمه كله؟ قال أصبغ: أرى ألا يكون له إلا مقدار ما كان يصيبه في الجماعة مما حاز خاصة وعمر واعتمل وخلي بينه وبينه حتى كان ذلك بعينه هو الصدقة، فحاز حصته فيها وترك ما بقي وسلم له الذي كان نصيبه منها، أو حازوه جميعاً معه كما حاز، ويبطل سائره وسائر الأرض؛ قلت أرأيت إن كانت عمارته في عام أقل من حقه، وفي عام أكثر من حقه أو مثل اختلفت العمارة في سنين بالأقل والأكثر.

قال محمد بن رشد: قوله إن المتصدق عليه بجزء من الأرض على الإشاعة إذا حاز مكاناً معيناً منها وإشراكه غيب، أو مستغنون عن الحيازة، أنه يكون له قدر حقّ المتصدق من الموضع الذي حازه لا أكثر؛ هو قوله في رسم الكراء والأقضية من سماعه، خلاف مذهب ابن القاسم فيه؛ وقد مضى هنالك تحصيل الخلاف في ذلك، فلا معنى لإعادته ولم يجبه إذا اختلفت عمارته في السنين بالأقل والأكثر، والذي يأتي على مذهبه في ذلك، أن له قدر حقّ المتصدق من كل موضع عمره- إذا لم يعمر الأشراك شيئاً مما عمر بعد عمارته إياه، مثال ذلك أن يكون عمر في عام واحد فداناً معلوما من الأرض، ثم عمر في العام الثاني فدانين معلومين منها، ثم عمر في العام الثالث ثلاثة فدادين معلومة أيضاً من جملة الأرض المتصدق بها، فيكون للمتصدق عليه إن كان تصدق عليه بثلث الأرض ثلث جميع الستة فدانين أو ربعها- إن كان تصدق عليه بربع الأرض، أو أقل من ذلك، أو أكثر؛ وهذا إذا لم يعمر الإشراك بعد عمارته إياه شيئا منها، فإن عمر وأشياء منها بعد عمارته إياه، بطلت عمارته فيه، ولم يكن له بها فيه حق؛ وأما إن عمر هو بعضه الأرض، وعمر إشراكه سائرها على علم منهم بما عمر، فإنه يستوجب بما عمر جميع حقه- وإن كان أقل من حقه دون اختلاف في ذلك، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألته عن المرأة ذات الزوج تتصدق بالدار على ولدها منه وهم صغار في حجره والزوج ساكن بها في الدار حتى تموت المرأة وهي في الدار مع زوجها وولدها المتصدق عليهم، أو تتصدق بذلك على كبير بائن عن أبيه فيكريها من أبيه قبل أن يحوزها، أو يشهد له بسكنى إلى وقت، أو إلى غير وقت، ثم تموت المرأة؛ هل الصدقة

جائزة في الوجهين جميعاً؟ قال أصبغ: نعم أرى ذلك جائزاً إذا كان في مسألتك في الصغار قد أمكنت الأب من الدار بعد الصدقة عند الصدقة بأمر معروف حتى لو شاء أن يخرجها أخرجها، فكان هو الذي بعد ذلك أقرها سكنى منه ومعه؟ فيما أن يكون إنما كانت الصدقة اسماً ثم استمروا على ما كانوا عليه من غير قبضة معروف، ولا إمكان، ولا تخلٍ منها إليه، ولا قبض من الكبير الذي ذكرت ولا إمكان، ثم يكون هو الذي يكره أباه بعد ويستقبل العمل على ما شاؤوا من كراء أوغيره؛ فهذا الذي يبطل ولا يكون حوزاً ولا قبضاً، فإذا صح كان حوزاً وقبضاً، ولم يكن بأدنى حال من أن لو تصدقت بها على الزوج نفسه وأمكنته فسكن بها كما هي، فإن ابن القاسم يقول في هذا أنه جائز له، وأنه حيازة وإن أقرها، لأن الرجل يسكن امرأته حيث شاء، فقد صارت له وأسكنها كرهاً منه لها لو أبت ألا تسكنه لم يكن ذلك لها؛ ويفرق في هذا بين صدقتها عليه، وصدقته عليها بالمنزل الذي هما فيه، ويقول إن كان هو المتصدق ولم يخرجه وينقلها إلى غيره يسكن بها فيه ويتخلى منه، لم يكن لها حيازة فاستبدل.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة، إذ لا فرق بين أن تتصدق المرأة على زوجها بالمسكن الذي تسكن فيه معه فيسكن المسكن معهما بعد الصدقة، إن ذلك حيازة لأن سكناه المسكن بعد الصدقة حيازة له وأن سكنت فيه معه، لأن ذلك من حقه أن يسكنها فيه شاءت أو أبت، ولا بين أن تتصدق المرأة على بنيها الصغار بالمسكن الذي تسكن فيه مع زوجها فيسكنه الأب معها بعد الصدقة، أن ذلك حيازة لبنيه المتصدق عليهم، لأن سكناه فيها تصدقت به الأم عليهم أو غير الأم حيازة له، ومن حقه أن يسكنها فيه شاءت أو أبت؛ وقال: إن ذلك جائز إذا كانت قد أمكنت الأب من الدار حتى لو شاء أن يخرجها منها أخرجها، ولا يجوز إذا كانت الصدقة اسماً ثم استمروا على ما كانوا عليه من غير قبض معروف، ولا إمكان، ولا تخل منها إليه ولا قبض من الكبير، ولم يبين هل يكون الأمر محمولاً على الإمكان، فيجوز حتى يعلم أنه كان على غير الإمكان، أو هل يكون محمولاً على غير الإمكان، فلا يجوز حتى يعلم أنه كان على الإمكان، والصواب في هذا أنه محمول على الإمكان، وجواز الحيازة حتى يعلم أن الأمر وقع على غير الإمكان، مثل أن تقول له أتصدق عليك بهذه الدار التي في سكنانا على ألا تخرجني منها وتسكن فيها معي، أو تقول له أتصدق على بنيك بهذه الدار على أن تسكن فيها فتلتزم الكراء لهم ولا تخرجني منها. فلا يجوز ذلك ولا يكون سكناه معها فيها حيازة له ولا لهم، وإنما قلنا إن الأمر محمول على الإمكان

حتى يعلم سواه، لأن نفس الصدقة وانتقال الملك بها إليه، أو إلى بنيه يقتضي الإمكان، فوجب أن يحمل الأمر على ذلك حتى يعلم سواه، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال وسئل عن رجل وهب لرجل عبدين للثواب، فأراد الموهوب له أن يأخذ أحدهما بقيمته ويرد الآخر، وأبى ذلك الواهب، قال ذلك للموهوب له يأخذ أيهما شاء، ويرد أيهما شاء- إذا أخذ بالقيمة.

قال محمد بن رشد: قول أصبغ هذا أن للموهوب له أن يأخذ أحد العبدين بقيمته ويرد الآخر، خلاف نص ما له في المدونة وخلاف ما يوجبه القياس والنظر، لأنه قادر على أن يأخذهما جميعاً أو يردهما جميعاً، فليس له أن يرد أحدهما ويأخذ الآخر كما بيع على الخيار، أو كسلع استحقت من يد مشترٍ فأراد المستحق أن يأخذ بعضها، ويجيز البيع في بعضها؛ بخلاف استحقاق أحد الثوبين، أو العبدين، أن الباقي لازم للمشتري، إذ لا قدرة للمستحق إلا على ما استحق خاصة، وقد مضى هذا المعنى في رسم العتق- من سماع عيسى، ويتخرج في المسألة قول ثالث وهو الفرق بين أن يكون الذي يريد أن يرد هو الأدنى أو الأرفع، فإن كان الأدنى، لم يكن ذلك له، وإن الأرفع كان ذلك له؛ وهذا القول يأتي على قياس ما قاله ابن القاسم في المدونة في الموهوب له العبدين على الثواب، يبيع أحدهما، أن له أن يرد الآخر إذا لم يكن الذي باع هو وجههما، لأن ذلك من قوله في المدونة معارض لقوله فيها، أنه ليس للموهوب له العبدين للثواب، أن يثيبه على أحدهما ويرد الآخر- إذا لم يكن الذي باع هو وجْههما - كان الأرفع أو الأدنى؛ وكذلك قال سحنون: إذا باع أحدهما لزمه الثواب فيهما جميعاً، كان الذي باعه هو الأرفع أو الأدنى، وبالله التوفيق.

مسألة:

قيل لأصبغ: رجل وهبت له جارية للثواب فوطئها، ثم أصاب بها عيباً بعد الوطء، أله أن يردها؟ قال نعم إن شاء ردها بالعيب مثل البيع، لأن الهبة بيع من البيوع، قلت فإن أراد أن يتمسك بها معيبة ويغرم إليه قيمتها أي شيء يكون عليه؟ وقيمتها معيبة أو قيمتها سليمة؟ فقال ليس له أن يمسكها إلا بقيمتها سليمة ليس بها عيب، بمنزلة من ابتاع أمة فظهر منها على عيب وهي قائمة عنده لم تفت، فإن شاء ردها بعيبها، وإن شاء أمسكها بجميع الثمن، فالهبة كذلك إن شاء ردها، وإن شاء أمسكها بالقيمة كاملة؛ قلت فإن فاتت عنده؟ قال هذا خلاف الأول، فإن كان قد أخرج القيمة، رجع بالعيب فيها

على نحو البيع سواء، وإن كان لم يخرجها، فعليه قيمتها معيبة، لأنها ههنا قد لزمته وانقطع خياره في ردها بفوتها.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال أصبغ، لأن الوطء للجارية الموهوبة للثواب فوت تجب به القيمة على الواطىء ويقطع خياره في همها، فصارت القيمة في الموهوبة بالوطء كالثمن في البيع البتل، فوجب من أجل ذلك إذا وجد عيباً أن يكون مخيراً بين أن يرد أو يمسك بقيمتها التي لزمته بالوطء وهي قيمتها سليمة من العيب الذي وجده بها، كما يكون مخيراً في البيع بين أن يردها أو يمسكها بجميع الثمن، وهذا إذا كان الواهب لم يعلم بالعيب، وأما إذا علم به، فيكون من حقّ الواطىء الذي علم بالعيب أن يمسكها- إن شاء بقيمتها معيبة، لأن الواهب لما وهبها- وهو عالم بالعيب، فقد رضي بقيمتها معيبة، وكذلك في كتاب ابن المواز أنه إذا وهبها وهو يعلم بالعيب، فليس له إلا قيمتها- معيبة، وإن كانت قائمة؛ وقال غيره ليس له إلا قيمتها معيبة- علم بالعيب أو جهله، وأما إذا فاتت عند الموهوب له فوتا يمنعه من ردها جملة، أو من ردها دون أن يرد معها ما نقصها، فليس عليه- أن يمسكها إلا بقيمتها معيبة، ولا اختلاف في هذا، وبالله التوفيق.

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم

قال أبو زيد سئل ابن القاسم عن رجل كان له على رجل عشرة دنانير، فقال له إن تصدقت على ابنك بعشرة دنانير، فعشرتي التي لي عليك صدقة عله ابنك، فقال الأب اشهدوا أني قد تصدقت عله ابني بعشرة دنانير- وولده صغير، فلم يخرجوا حتى مات، قال يرجع الذي كانت له على الأب العشرة الدنانير ويأخذها منه، لأن الأب لم يفرِز العشرة ولم يخرجها من يديه حتى مات؛ قال ولو كان وضعها على يدي رجل لم يكن له أن يرجع بشيء ولكانت للابن.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، لأنه لم يتصدق عليه بالعشرة التي له على ابنه إلا بشرط، أن يتصدق عليه أبوه بعشرة دنانير، وصدقة الأب على ابنه بالعشرة دنانير لا تصح له إلا أن يخرجها من يده ويضعها له على يدي غيره، أو يفرزها ويحضرها ويختم عليها بحضرة الشهود- على اختلاف في ذلك، قد مضى ذكره في أول رسم من سماع ابن القاسم وفي رسم طلق ابن حبيب منه وفي غيرها موضع؛ فإذا لم تصح صدقته على ابنه بالعشرة دنانير لم تلزمه هو صدقته عليه بالعشرة التي له على ابنه، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل تصدق على رجل بفدان من أرضه يختاره حيث أحب، فلم يحز المتصدق عليه ذلك حتى استحقت تلك الأرض من صاحبها بقضاء من القاضي، ثم إن صاحب الأرض الذي استحقت من يديه، قام يخاصم فيها يأتي بالشاهد وبالأمر بعد الأمر، وبالشيء بعد الشيء، يخاصم فيها رجاء أن ترد، فلما كثر الشغب والخصومة أراد الذي استحق الأرض أن يقطع الشغب بينه وبين صاحب الأرض الذي استحق الأرض، فصالحه ببعضها، فجاء الذي تصدق عليه بالفدان بعد يطلبه ممن تصدق به عليه، قال لو كان يعلم أنه لو ثبت يخاصم- يريد الذي استحقت من يديه، لم يكن يدرك منها شيئاً لضعف ما يطلب، لم يكن للذي تصدق عليه بالفدان شيء مما صالح عليه، وإن كان يظن أن لو ثبت على الخصومة، لرجا أن ترجع إليه الأرض على قدر ما يرى أو يرجى من غير أمر قوي، ولا بين، إلا بالرجا بينة يدعيها، أول لأمر يرجى أو لا يرجى فصولا ببعضها؛ رأيت للذي تصدق عليه بالفدان أن يصير له نصف فدان مما صار للذي تصدق عليه، يأخذ ذلك حيث أحب من أرضه؛ وإن كان الذي استحقت من يديه لا يشك أن لو خاصم رجعت إليه، لما قد تبين عند الناس من البينة العادلة، فصالح منها ببعضها، رجع الذي تصدق عليه على صاحب الأرض الذي استحقت من يديه، فأخذ فداناً من حيث أحب يختار لا يقبض منه شيئاً، لأنه لو خاصم استرد أرضه كلها.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة صحيحة لا إشكال فيها، ولا لبس في شيء من معانيها، إذ قد قسّمها على ثلاثة أوجه- لا رابع لها، وذكر الحكم في كل واحد منها، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسألت ابن القاسم عن رجل تصدق عليه وارث بحظه في قرية مبهمة فعمر فيها مع الورثة قدر حظ المتصدق، ثم هلك المتصدق فاقتسم الورثة القرية فصار للذي كان عمر منها المتصدق عليه مثل ما لغيره من الورثة، فقال ورثة المتصدق إنما لم يحز ما تصدق به عليه صاحبنا في حياته، فقال المتصدق عليه قد حزت منها بقدر حظه منها، وقال الورثة الذي صار لصاحبنا لم يحز ما تصدق به عليه صاحبنا في حياته، فقال المتصدق عليه قد حزت منها بقدر حظه منها، وقال الورثة الذي صار لصاحبنا لم يحزه؛ فقال ابن القاسم وابن وهب ذلك لمن تصدق به عليه إذا كان قد عمر وحاز، لأنه حين وقع مع الورثة فعمر معهم وحاورهم فيها فهي حيازة، لأنه إنما أسلم إليهم حقه بما أسلموا إليه من حقوقهم، فهو حَيازة.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه أنه يستحق جميع ما وهبه إياه الوارث بنزوله منزلته مع سائر الورثة في العمارة، وإنما وقع الاختلاف إذا عمر وحده دون سائر الورثة فداناً من الأرض بعينه حسبما مضى بيانه في سماع أصبغ قبل هذا وفي نوَازله، وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجلين تصدق عليهمارجل بعبده وقال: إن قبلتما، فقبل أحدهما، وقال الآخر لا أقبل؛ فقال: من قبله منهما كان له ما قبل.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما في رسم الثمرة من سماع عيسى من كتاب العتق في الذي يقول لعبديه إن شئتما الحرية فأنتما حران، فشاء لأحدهما ولم يشأ الآخر، أن الحرية تحصل لمن شاء منهما؛ ومثل قول أشهب في العتق الأول من المدونة في الذي يقول لامرأتيه إن دخلتما الدار فأنتما طالقتان، إن الطلاق يلزمه فيمن دخل الدار منهما، خلاف قول ابن القاسم فيه إنه لا شيء عليه حتى يدخلا جميعاً، فيأتي على قوله في هذه المسألة، أنه لا شيء لِمن قبل حتى يقبلا جميعاً، وفي مسألة الطلاق قول ثالث إنهما يطلقان جميعاً بدخول الواحدة منهما، لا يدخل في هذه المسألة، إذ لا يلزم أحدهما قبول الآخر، وقد مضى الكلام مستوفى على مسألة الطلاق في رسم إن أمكنني من سماع عيسى من كتاب الإيمان بالطلاق، وبالله التوفيق.

مسألة:

وعن رجل تصدق على رجل بخادم فاشترط عليه لنفسه خمسة أيام في الشهر، قال ابن كنانة ذلك جائز له، قلت له هل يفسد هذا الشرط الصدقة؟ قال: لا، ولكنه يشدها، وما حبسه لنفسه فهو له؛ قال ابن القاسم إذا كان حبساً، فلا بأس بما اشترط، وإن كانت الرقبة بتلاً، فلا خير في أن يستثني منها خدمة أيام.

قال محمد بن رشد: قد مضى الكلام على هذه المسألة في رسم الكراء والأقضية من سماع أصبغ لتكررها هناك، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن رجل خرج إلى الأندلس فقال له رجل إن لي على فلان ديناراً أو خمسة دراهم، فأنت وكيلي فاستأجر في تقاضيه بتلك الخمسة دراهم، ثم خرج فكلم الذي عليه الدينار والدراهم، فأعطاه ولم يوله أن يستأجر في الدنانير والدراهم، وقد كان أمره إذَا أنت قبضت الدينار، فتصدق به عني، وكيف ترى في الدراهم؟ قال يرسلها إليه ويتصدق بالدينار، كما أمره.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة بينة صحيحة، وإنما قال في الدراهم إنه يرسلها إليه وهو لم يأمر بإرسالها، لأنه لم يأمره أيضاً بإمساكها عند نفسه، فوسعه الاجتهاد في ذلك بحسن النظر فيها لصاحبها، فإن أرسلها مع ثقة فتلفت، لم يكن عليه ضمانها؛ وإن أمسكها مع نفسه إلى أن يسوقها هو فتلفت، لم يكن عليه ضمانها أيضاً، إلا أن تطول إقامته بالأندلس وهو يجد ثقة يوجه بها معه فلم يفعل حتى تلفت، ولو استودعها هناك عند ثقة حتى يعلم رأي صاحبها فيها فتلفت، لم يكن عليه فيها ضمان أيضاً، وقد مضى في رسم شك من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات في نحو هذه المسألة ما يبين معناها، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم في رجل تصدق على أجنبي بدينار لفظه، ثم أدان وحاز الذي تصدق عليه صدقته، فلم يرد الدين قبْل الصدقة، أو الصدقة قبل الدين؛ قال الصدقة أولى حتى يعلم أن الدين كان قبل الصدقة؛ قال ولو أن رجلاً تصدق على ولد له صغير فحاز له، ثم أدان بدين، ولا يدري أيهما قبل: الصدقة، أو الدين؛ قال فالدين أولى إلا أن يعلم أن الصدقة كانت قبل الدين.

قال محمد بن رشد: هذا من قول ابن القاسم مثل ما تقدم له في رسم الجواب من سماع عيسى، وساوى أصبغ هناك بين حيازة الكبير لنفسه، وحيازة الأب للصغير؛ فجعل الصدقة في الوجهين جميعاً أولى من الدين حتى يعلم أن الدين قبل، وقد مضى الكلام على ذلك هناك مستوفى، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة:

قال ابن القاسم في العبد إذا كانت له امرأة حُرة أنه يمنعها من صدقة مالها- إذا كان أكثر من الثلث مثل الجزء.

قال محمد بن رشد: هذا من قول ابن القاسم مثل قول مالك في أول سماع أشهب من كتاب النكاح: أن العبد في ذلك بمنزلة الحر، لأن له حقاً؛ ولعله قد زادها في مهرها لما لها رجاء أن تتجمل به، ولعله سيعتق يوماً من الدهر، خلاف قول ابن وهب في رسم الوصايا والأقضية من سماع أصبغ وكتاب المديان والتفليس، وقول ابن القاسم هذا لرواية أشهب عن مالك، أظهر من قول ابن وهب، للمعاني التي ذكرها مالك، مع عموم قول النبي صلى الله عليه وسلم لا يجوز للمرأة قضاء في ذي بال[1] من مالها، إلا

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١٨٨٤)، وأخرجه أحمد في مسنده (٨٥١١)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه
=

بأمر زوجها، إذا لم يخص في ذلك حراً من عبد، وبالله التوفيق.

مسألة:

وقال ابن القاسم في رجل قال لِرجل خذ هذه النفقة فاجعلها في سبيل الله، فقال له رجل إن ههنا امرأة محتاجة، فقال له ادفعها إليها، فقال، إن كان أوجبها في سبيل الله، فلا يعجبني.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إنه إن كان أوجبها في سبيل الله - وأراد بذلك الغزو، فلا ينبغي له أن يصرفها عما أوجبها فيه إلى غير فلك من وجوه البر، فان فعل ولم يكن عليه ضمانها، مراعاة لقول من يقول من أهل العلم إن للرجل الرجوع في صدقته ما لم يدفعها وكانت بيده، ولذلك قال ابن القاسم لا يعجبني، ولم يقل لا يجوز؛ وكان القياس على مذهب مالك ألا يجوز له أن يصرفها عما أوجبها فيه من السبيل- إلى غير ذلك؛ ولم يأثم إذا فعل ذلك، إلا أن يضمنها في ماله فيجعلها في السبيل، ولا يحكم عليه بذلك، وإذ ليست لمعين؛ وأما إن لم تكن له نية في الغزو، فقد قال أشهب: القياس في أي سبيل الخير وضع جاز، والاستحسان أن يجعل في الغزو، لأنه جلّ ما يعنون به من قال ذلك، وأحب إلي أن يكون في سواحل المسلمين المخوفة من العَدو، ولا أحب أن يجعل شيئاً منها في موضع قلة الخوف، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل عن الرجل يقول إن فعلت كذا وكذا، فكل شيء لي لوجه الله، فحنث، هل يدخل عليه في رقيقه عتق أم لا؟ أم هل يقومهم فيخرج ثلث قيمتهم، فيتصدق بها من ثلث ماله، أم كيف الأمر في ذلك- ولم يقل صدقة لوجه الله، قال لا أرى فيهم عتقاً، إلا أن يكون أرَاد العتق..

قال محمد بن رشد: إنما لم ير عليه في رقيقه عتقاً، لأنه لم يحلف بعتق رقيقه، وإنما حَلف بأن يخرج كل شيء من ماله لوجه الله، فكان مخرج ذلك الصدقة بجميع ماله إذا لم يخلق شيئاً من ذلك دون شيء بالتسمية، فأجزأه من ذلك الثلث، ولو خص

=

(٢)، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (٩٨٩٨)، وأخرجه الدارقطني في سننه (٧٦٥)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٥٣٢٢)، وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٠٢٠٩)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٦٠٩٦)، وأخرجه معمر بن راشد في الجامع (٨١٦)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٥٥١٨).

عبيده بأنهم لله، أو لوجه الله- في غير يمين؛ أو في يمين فحنث فيها، لكان مخرجهم العتق- على ما قاله في رسم أوصى من سماع عيسى من كتب النذور، وقد مضى هناك في هذا المعنى ما فيه بيان، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الوصايا والحج

من سماع أصبغ بن الفرج من عبد الرحمن بن القاسم

قال أصبغ: سألت ابن القاسم عن رجل تصدق على رجل بعبد أو دابة فلم يقبضها المتصدق عليه بها حتى باعها المتصدق أو تصدق بها وقد علم بالصدقة أو لم يعلم؛ فقال ابن القاسم إن كان قد علم بالصدقة، فلا أرى له شيئاً، وإن كان لم يعلم بها فهو يتخذها- إن أدركها- إن شاء، وإن لم يدركها فهو بالخيار: إن شاء الثمن الذي باعها به، وإن شاء القيمة؛ قال أصبغ وهذا في البيع، وكذلك الصدقة بها بعد صدقته إن كان المتصدق عليه قد علم بصدقته، فلم يقُم ولم يقبض حتى تصدق بها على غيره، فلا شيء له؛ وإن لم يعلم أو علم ولم يفرط، فقافصه المتصدق بالندم فيها. والصدقة على غيره؛ فهو أحق بها، إن أدركها قائمة، وإن فاتت كان له قيمتها على المتصدق بها؛ قال ابن القاسم ولو كان عبداً أو جارية فلم يقبضها حتى أعتقها المتصدق، فالعتق جائز ماض لا يرد بصدقته ولم يعلم- وليس العتق كغيره، وقد نزلت لمالك فأمضاه ولم يرده، قال محمد بن خالد: قال لي ابن القاسم: فلو كانت جارية فأحبلها المتصدق، كانت أم ولد له، قلت لابن القاسم فهل يكون عليه قيمتها للمتصدق عليه؟ فقال لعل ذلك أن يكون. وفي رواية أصبغ ذلك بمنزلة العتق؛ قال أصبغ قال لي ابن القاسم وإن كان عبداً أو جارية فقتلهما رجل، كانت القيمة للموهوب له، قيل لأصبغ فلو دبره أو كاتبه أو أعتقه إلى أجل؟ قال يمضي ما فعل من ذلك ويثبت عقد العتق فيه، ولا يرجع إلى المتصدق عليه من خدمة المدبر، ولا من كتابة المكاتب شيء، ولا من رقبته إن رجع رقيقاً؛ قلت لأصبغ فإن كانت قيمة العبد ألف دينار وعليه دين ثمانمائة دينار، وكان أن بيع أربعة أخماس العبد كله لم يكن فيهم وفاء لدينهم، لأنه إذا بعض ولم يبع كله بخمس ثمنه ولم يعط فيه إلا الأقل من دينهم، وأن بيع العبد كله، كان فيه وفاء لدينهم، وفضل مائتا دينار، قال يباع كله ويعطى أهل الدين دينهم، ويكون ما بقيَ للمتصدق به ولا يكون للمتصدق عليه منه شيء؛ لأنه إنما كان تصدق عليه بعبد، فلما استحقه الغرماء من يديه، فبيع لهم في دينهم، سقطت صدقة المتصدق عليه، فكان بمنزلة الذي استحقه مستحق.

قال محمد بن رشد: سألته عن الذي يتصدق بالعبد والدابة على رجل فلا يقبض ذلك المتصدق عليه حتى يبيعه المتصدق ويتصدق به على غيره، فأجاب ابن القاسم على البيع بأنه إن كان قد علم بالصدقة ففرط في القبض حتى باعها المتصدق، فلا أرى له شيئاً- يريد لا من صدقة ولا من الثمن، خلاف قوله في المدونة إنه يكون له الثمن وإن كان لم يعلم- يريد أو علم ولم يفرطْ، أخذ صدقته إن أدركها- يريد إلا أن يشاء أن يجيز البيع ويأخذ الثمن، فيكون ذلك له، وإن لم يدركها كان بالخيار إن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن، وإن شاء أخذ القيمة من المتصدق؛ ولم يجب ابن القاسم على الصدقة، ومذهبه في المدونة أن الصدقة بخلاف البيع، وأنه في الصدقة أحق بها- وإن قبضها الثاني، علم أو لم يعلم- فرط أو لم يفرطْ؛ وساوى أصبغ في هذه الرواية بين البيع والصدقة- فقال وكذلك الصدقة بها بعد صدقته إن كان المتصدق عليه قد علم بصدقته فلم يقم ولا قبض حتى تصدق بها على غيره- يريد وقبض، فلا شيء له؛وإن لم يعلم أو علم- ولم يفرط، فهو أحق بها- إن أدركها قائمة، وإن فاتت كانت له قيمتها على المتصدق؛ قال ابن القاسم لو كان عبْداً أو جارية فلم يقبضها حتى أعتقها المتصدق، فالعتق ماض لا يرد، علم بصدقته أو لم يعلم، فالعتق عند ابن القاسم يبْطل الصدقة- علم المتصدق عليه أو لم يعلم، والصدقة لا تبطل عنده الصدقة وهو أحق بها- علم بها أو لم يعلم، قبض الثاني أو لم يقبض؛ والبيع يفترق فيه العلم مع التراخي في القبض من غير العلم، فإن علم وتراخى حتى باعه المتصدق بعد البيع، واختلف قوله في الثمن لمن يكون؟ فعلى ما في هذه الرواية يكون للبائع، وعلى ما في المدونة تكون للمتصدق عليه؛ وإن لم يعلم كان له رد البيع، وإن شاء أجازه وأخذ الثمن، وإن تلف عند المبتاع كان له على البائع الأكثر من القيمة أو الثمن، وأشهب يساوي بين البيع والصدقة، فيقول إنه إذا لم يقبض المتصدق عليه ما تصدق به عليه حتى باعه المتصدق، أو حتى تصدق به على غيره، فقبضه المتصدق عليه الآخر، فلا شيء للأول مراعاة لقول من يرى أن للمتصدق أن يرجع في صدقته ما لم تحز عنه، وقد مضى في سماع محمد بن خالد تحصيل الاختلاف فيمن تصدق بعبد ثم أعتقه قبل أن يقبضه المتصدق عليه، وإنه يتحصل في ذلك أربعة أقوال، ويدخل الاختلاف بالمعنى من مسألة العتق في الصدقة والبيع، فيتحصل في الصدقة أيضاً أربعة أقوال، أحدها ظاهر قول ابن القاسم في المدونة أن الأول أخف من الثاني- وإن قبض، فرط أو لم يفرط والثاني ظاهر قول أشهب فيها أن الثاني أحق من الأول، إذا قبض- فرط أو لم يفرط- والثالث الفرق بين أن يعلم فيفرط أو لا يعلم. والرابع والفرق بين أن يمضي من المدة ما كان يمكنه فيه

القبض- لو علم، أولا يمضي منها ما كان يمكنه فيه القبض ويتحصل في البيع خمسة أقوال، أحدها إن المبتدع. أحق عن المتصدق عليه- فرط أو لم يفرط، وهو قول أشهب في المدونة. والثاني أن المتصدق عليه أحق بما تصدق به عليه وإن مضى منها ما يمكنه فيه الحوز، لم يكن له إلا الثمن إن كان لم يفرط في الحيازة وإن كان فرط له الثمن وهو مذهبه في المدونة، والثالث أن المتصدق عليه أحق بما تصدق عليه إن كان لم يفرط في الحيازة، وإن كان فرط فيها لم يكن له شيء، وهو قوله في هذه الرواية. والرابع الفرق بين أن يمضي من المدة ما يمكنه فيه الحوز لو علم، أو لا يمضي منها ما كان يمكنه فيه الحوز فإن لم يمض والمدة ما يمكنه فيه الحوز كان أحق بما تصدق به عليه، وإن مضى منها ما يمكنه فيه الحَوز لم يكن له إلا الثمن. الخامس أنه إن مضى منها ما يمكنه فيه الحوز، لم يكن له شيء، وهذان القولان مخرجان على قول المخزومي في العتق، وقد مضى في سماع محمد بن خالد تحصيل القول في الذي يتصدق على رجل بجارية فيولدها فلا معنى لإعادته، والتدبير والكتابة والعتق إلى أجل كالإيلاء، سواء فيما يجب للمتصدق عليه قبل، يبطل ذلك كله وتجوز الصدقة؛ وقيل يجوز ذلك كله وتبطل الصدقة ولا يكون للمتصدق عليه شيء. وقيل تكون له القسمة إذا بطلت الصدقة، ويدخل في ذلك الاختلاف الذي ذكرته في العتق بين أن يعلم المتصدق عليه بالصدقة فيفرط في الحيازة أو لا يفرط، وبين أن يمضي من المدة ما يمكن فيه الحوز، أولا يمضي منها ما يمكن فيه للحوز؛ وأما إذا تصدق بالعبد ثم قتله، فلا اختلاف أحفظه في أن القيمة عليه واجبة للمتصدق عليه. وقوله في الذي تصدق على رجل بعبد قيمته ألف دينار وعليه دين ثمانمائة دينار، ولا يفضل منحه عن اسمين شيء- إن بيع بعضه لضرر الشركة، فيبيع كله، أن الفضل عن الدين يكون للمتصدق لا للمتصدق عليه- صحيح لا اختلاف فيه أحفظه، والصواب في هذا أن يباع على التبعض، يقال من يشتري من هذا العبد بعضه بثمانمائة دينار، فيقول الرجل أنا آخذ ثلاثة أرباعه بثمانمائة دينار، ويقول الآخر أنا آخذ أربعة أخماسه بثمانمائة دينار، ويقول الآخر أنا آخذ تسعة أعشاره بثمانمائة دينار؛ فإن لم يوجد من يعطي فيه ثمانمائة دينار- على أن يبقى للمتصدق عليه فيه شيء- وإن قل، ووجد من يعطي فيه كله أكثر من ثمانمائة دينار، لم يكن للمتصدق عليه في الفاضل عن الدين من ثمنه شيء، وبالله التوفيق.

مسألة:

وسئل أصبغ عن الرجل يقول وهو صحيح- ويشهد أنه اشترى لابنه هذه الدار بألف دينار من مال ابنه فيما زعم، ويشهد أنه إنما بيان يجريها ويقتلها له، وباسمه ثم يموت

على ذلك وهو صغير في حجره، ولا يعلم لابنه مال من وجه من الوجوه لا من مورث ولا من غيره من هبة ولا صدقة، ثم مات الأب؛ قال أرى هذا تولجاً منه إليه، وأراها ميراثاً بين الورثة، لأنه لم يتصدق بها عليه على وجه الصدقة، فيحوز له في حياته، وتكون على وجه صدقة الرجل على ولده الصغير وهو في حجره يتصدق عليه، ويحوز له، وهذا لم يسمها صدقة، إنما ولج إليه ماله وزعم أنه مال للولد، ولم يعرف له مال بوجه من الوجوه، فهو يولج إليه ماله، وهو غير صدقة على وجه الصدقات؛ وإنما ذلك بمنزلة الذي يقول في مرضه قد كنت أعتقت عبدي فلاناً، وأنا صحيح، ولا يقول انفذوه؛ فهذا باطل ولا يخرج من الثلث، لأنه إنما أراد به رأس المال، ولم يرد به الثلث، فليس له أن يعتق في مرضه من رأس ماله، وهو أيضاً لا يعتق في الثلث، لأن الميت إنما أراد أن يخرجه من رأس المال فلا عتق له إلا أن يقول انفذوه، فينفذ في الثلث.

قال محمد بن رشد: حمل بعض الناس قول أصبغ هذا على خلاف لما وقع في رسم كتب عليه ذكر حقّ من سماع ابن القاسم في الذي يشتري لابنه الصغير في حجره غلاماً، ويشهد أنه إنما اشتراه لابنه، ثم يموت الأب؛ إنه يكون للابن ولا يكون للورثة الدخول عليه فيه، وليس ذلك بصحيح، لأنهما مسألتان مفترقتان، هذه قال فيها إنه اشترى لابنه من مال الابن، فإذا لم يعلم للابن مال من وجه من الوجوه، تبين أن ذلك توليج من الأب لابنه، ولج إليه ماله وزعم أنه مال الابن. وتلك لم يقل فيها إنه اشترى من مال الولد، فوجب أن يكون العبد للابن مالاً وملكاً بنفس الشراء، لأنه إنما اشتراه بمال وهبه إياه فلا يحتاج إلى أن يحوز الأب له عن نفسه إذا لم يتقرر له عليه ملك، وإنما قول أصبغ خلاف لما في رسم الشجرة من قول مالك في أن الابن ينتفع بحيازة إليه فيما ولج إليه من ماله على غير سبيل العطية، مثل قول ابن القاسم فيه من رواية عيسى في كتاب داود، وقد مضى بيان هذا كله مُستوفى في رسم كتب عليه ذكر حق، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

تم الجزء الرابع من الصدقات والهبات، وبتمامه تم كتاب الصدقات والهبات، والحمد لله ربّ العالمين، والصلاة الكاملة على سيدنا ومولانا محمد سيد الأولين والآخرين، وسلم كثيراً.

فهرس المحتويات